COMMISSION D'ENQUÊTE
SUR LE
PROGRAMME DE COMMANDITES
ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES

RÉTABLIR L'IMPUTABILITÉ

ÉTUDES : VOLUME 2

LA FONCTION PUBLIQUE
ET LA TRANSPARENCE

Rétablir l'imputabilité

Études : volume 2

La fonction publique et la transparence

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada,
représentée par le Ministre des Travaux publics
et Services gouvernementaux - 2006

N cat. : CP32-87/2-2006F

ISBN 0-660-97120-8

En vente chez votre libraire local ou auprès des

Éditions et Services de dépôt

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada

Ottawa (Ontario)

KIA OS5

Téléphone : (613) 941-5995
Commandes seulement : 1 800 635-7943
Télécopieur : (613) 954-5779 ou 1 800 565-7757

Internet : http://publications.gc.ca

Also issued in English under the title
Restoring Accountability
Research Studies, Volume 2
The Public Service and Transparency

106-02468/

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1
Donald Savoie

Les études 4

DÉFINIR LES FRONTIÈRES : L'ARGUMENT CONSTITUTIONNEL POUR L'INDÉPENDANCE BUREAUCRATIQUE ET SON IMPLICATION POUR LA RESPONSABILITÉ DE LA FONCTION PUBLIQUE 27
Lorne Sossin

1 Introduction 27

2 Le terrain constitutionnel et juridique 31

2.1 Frontières constitutionnelles 31

2.1.1 La convention constitutionnelle d'une fonction publique non partisane 31

2.1.2 La « primauté du droit » 40

2.2 Le devoir de loyauté 46

3 L'évaluation et l'élaboration de frontières 52

3.1 Le rôle de la révision judiciaire 53

3.2 Le rôle du vérificateur général 54

3.3 Le rôle des comités parlementaires 55

3.4 Le rôle des enquêtes publiques 57

3.5 Le rôle des commissions de la fonction publique 57

3.6 Les codes de la fonction publique et le rôle de la « loi douce » 61

3.7 Le Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé 66

3.8 Le rôle de la formation et de l'éducation 69

4 Conclusions 70

ENCOURAGER LA RECTITUDE, DÉCOURAGER L'INCONDUITE : POUR UNE CHARTE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET UNE LOI SUR LA DIVULGATION **79**

Kenneth Kernaghan

1 Les valeurs et l'éthique 81

1.1 L'Australie 83
1.2 La Nouvelle-Zélande 89
1.3 Le Royaume-Uni 91

2 La divulgation des actes fautifs 94

2.1 L'Australie 95
2.2 La Nouvelle-Zélande 98
2.3 Le Royaume-Uni 101

3 Construire une protection forte des divulgateurs sur une assise solide de valeurs 106

3.1 La protection des divulgateurs 106
3.2 La charte de la fonction publique 113

DEUX DÉFIS DANS L'ADMINISTRATION DE LA *LOI SUR L'ACCÈS À L'INFORMATION* **125**

Alasdair Roberts

Notice 125

1 Deux défis : antagonisme et champ d'application 126

2 Preuve d'antagonisme 128

2.1 Procédures pour demandes délicates 129
2.2 Divulgation d'identité 136
2.3 Pression sur les responsables de la *LAI* 137
2.4 Problèmes de tenue de dossiers 138

3 Raisons de l'antagonisme 141

3.1 La nature de la politique parlementaire 141
3.2 Changements dans l'utilisation de la Loi 143
3.3 Milieu gouvernemental plus complexe 144
3.4 Perceptions d'injustice 146

4 Réponse à l'antagonisme 147
4.1 Une vue réaliste de la *LAI* 147
4.2 Procédures transparentes pour les demandes délicates 150
4.3 Protection de l'identité 151
4.4 Autonomie des coordonnateurs 152
4.5 Financement du commissaire 153
4.6 Nomination du commissaire 155
4.7 Contrôles administratifs plus stricts 156

5 Le champ d'application de la Loi 157

6 Conclusion 163

***LA LOI SUR L'ENREGISTREMENT DES LOBBYISTES* : APPLICATION ET EFFICACITÉ** **179**

A. Paul Pross

1 Historique législatif de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* 180
1.1 Résumé : Historique de la *LEL* 201

2 Forces et faiblesses de la Loi actuelle 203
2.1 Observation des règles 206
2.1.1 Inobservation involontaire 206
2.1.2 Évitement 208
2.1.3 Sanctions 211
2.1.4 L'information et le problème de l'observation de la Loi 213
2.2 Divulgation 215
2.3 Enquêtes 221
2.4 Le problème des ressources 222
2.5 L'indépendance du directeur 224
2.6 Autres faiblesses 226
2.7 Résumé : forces et faiblesses de la Loi 227

3 Solutions 228
3.1 Observation des règles 231
3.2 Évitement 236
3.3 Divulgation 239
3.4 Le statut du directeur 242
3.5 Conclusion 245

4 Recommandations 247

4.1 Observation des règles 248
4.2 Évitement 249
4.3 Divulgation 250

Annexe :
Mandat, méthode et remerciements 251

FAUTE D'UN CLOU : LE RÔLE DE LA VÉRIFICATION INTERNE DANS LE SCANDALE DES COMMANDITES 261

Liane E. Benoit and C.E.S. (Ned) Franks

Avant-propos 261

1 La vérification interne en tant que protagoniste 262

1.1 Introduction 262
1.2 Signes précurseurs 265
1.3 La vérification d'Ernst & Young 273
1.4 Le pari de M. Guité 284
1.5 La création de la DGSCC 285
1.6 La vérification interne de 2000 287
1.7 La période postérieure à la vérification de 2000 291

2 Comment expliquer un tel « défaut de soin » 293

2.1 Compétence et jugement 293
2.2 La politisation de la vérification interne 294
2.3 L'effet de l'ingérence politique 297
2.4 L'influence de la culture de vérification 299
2.5 « Qui a lâché les chiens? » : les conséquences de l'accès à l'information sur la vérification interne 304
2.6 La mise sous influence des vérificateurs contractuels : une étude de cas 309
2.7 La vérification interne : les enseignements du scandale de 2000 à DRHC 311
2.8 Qu'avons-nous appris? 315

3 La réponse du gouvernement : les projets de réforme de la vérification interne 317

3.1 Prémisses et motivations 319

3.2 Le remaniement des comités de vérification 323
3.3 Plus sera-t-il égal à mieux? 328
3.4 Quelques réflexions finales sur les réformes proposées 330

4 Le clou dans le fer — Conclusions 332

PUBLICITÉ ET COMMANDITES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL : NOUVELLES DIRECTIONS DE GESTION ET DE SURVEILLANCE 339

Ian R. Sadinsky and Thomas K. Gussman

1 Introduction 339

2 Évolution des politiques et des prodédures de communication du gouvernement fédéral 341
2.1 Objectifs globaux de la politique de communication du gouvernement 341
2.2 Mesures suivant le dépôt du rapport de la vérificatrice générale 342
2.3 Définition de « publicité » 344

3 Surveillance de la publicité 345

4 L'organe de surveillance approprié 348

5 Transparence et indépendance 351

6 Le processus d'approvisionnement en publicité 353

7 L'évaluation des résultats : rapport qualité-prix 357

8 Acquisition de capacité professionnelle dans la communauté publicitaire du gouvernement 358
8.1 Vers une communauté de pratique 358
8.2 Programmes de formation 359
8.3 Perspectives sur la certification 360
8.4 Le programme de perfectionnement professionnel et de certification 361

9 Les partis politiques et les agences de publicité 363

10 La nouvelle philosophie des commandites 364

11 Conclusion 367

ANNEXE A : LISTE DES AUTEURS 375

INTRODUCTION

Donald Savoie

À l'automne 2004, le juge Gomery m'a invité à me joindre à la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires en tant que directeur de la recherche pour la phase II du travail de la Commission, qui allait très vite être connue sous le nom de phase des recommandations. C'est tout un défi qu'il a lancé à l'équipe de recherche en demandant : « Savez-vous ce qui fait un bon juge? » Je ne connaissais pas la réponse, ce qu'a certainement dû trahir mon air perplexe, et il a très vite répondu : « Deux bons avocats devant le juge, chacun représentant de façon très compétente l'une ou l'autre partie dans l'affaire ». J'avais tout de suite compris : le juge Gomery était prêt à se pencher sur toute question, tant et aussi longtemps que le programme de recherche était en mesure de monter un dossier solide de part et d'autre. À aucun moment le juge Gomery a-t-il exprimé le moindre préjugé, idée préconçue ou suggestion à l'équipe de recherche de se pencher sur une question donnée ou de l'examiner

d'un point de vue particulier. C'est dans ce même esprit qu'il a participé à toutes les réunions du Comité consultatif ainsi qu'aux discussions en table ronde qui ont été tenues dans cinq régions du pays entre août et octobre 2005.

J'ai fait un examen attentif du mandat de la Commission. Celui-ci demandait au juge Gomery de formuler des recommandations « à partir des faits constatés » à la phase I, « dans le but de prévenir la mauvaise gestion des programmes de commandites et des activités publicitaires à l'avenir ». Il énumérait un certain nombre de questions précises à examiner et demandait « l'établissement d'un rapport sur la responsabilité des ministres et des fonctionnaires ».

J'ai suivi les comparutions de témoins devant le juge Gomery, tant à Ottawa qu'à Montréal. J'ai également produit un rapport visant à cerner les aspects clés que la Commission pourrait vouloir examiner. J'ai rencontré régulièrement le juge Gomery pour passer en revue les différentes questions ainsi que le programme de recherche de la Commission au fur et à mesure de sa planification. Il a très tôt demandé que je tienne compte de ce que faisait le gouvernement pour réformer ses activités de gestion et que je passe en revue les différents documents que déposait le président du Conseil du Trésor, afin que la Commission ne se consacre pas à réinventer la roue. Le juge Gomery a, par exemple, souligné que le Conseil du Trésor avait produit un document solide sur la gouvernance des sociétés d'État. Il a expliqué qu'au lieu de commencer à partir de zéro, nous devrions plutôt offrir une critique du document et comparer les conclusions de ses auteurs avec l'expérience vécue en la matière dans d'autres pays.

Le programme de recherche de la Commission est le fruit des efforts de nombreux participants. Je tiens à souligner tout particulièrement le travail de M. Ned Franks, professeur émérite à l'Université Queen's et l'un des meilleurs étudiants du Parlement canadien. Il a contribué

à chaque facette du programme de recherche, depuis l'identification des questions à étudier jusqu'à la recommandation de chercheurs et de spécialistes.

Le Comité consultatif de la Commission a lui aussi fourni des conseils et un appui importants au programme de recherche. La Commission a eu le bonheur d'attirer pour siéger au Comité une liste impressionnante de Canadiens, sous la présidence de Raymond Garneau, homme d'affaires chevronné du Québec, ancien ministre des Finances au Québec et ancien député fédéral à Ottawa. Ont également siégé au Comité M. Roch Bolduc, ancien sénateur et ancien haut fonctionnaire au gouvernement du Québec; Mme Carolle Simard, du Département de sciences politiques et d'administration publique de l'Université du Québec à Montréal; M. Bevis Dewar, ancien sous-ministre de la Défense et directeur du Centre canadien de gestion, récemment devenu l'École de la fonction publique du Canada; l'honorable John Fraser, ancien ministre du Cabinet fédéral et ancien président de la Chambre des communes; Mme Constance Glube, ancien juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse; M. Ted Hodgetts, professeur émérite à l'Université Queen's et autrefois membre de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (Commission Lambert) et directeur de la rédaction de la Commission d'enquête royale sur l'organisation du gouvernement (Commission Glassco); et Mme Sheila-Marie Cook, ancien fonctionnaire au gouvernement fédéral et aujourd'hui directrice exécutive et secrétaire de la Commission. J'ai quant à moi joué le rôle de secrétaire du Comité consultatif.

Je ne saurais trop insister sur l'importance du travail fait par le Comité consultatif s'agissant d'élaborer et d'encadrer le programme de recherche de la Commission. J'ai grandement bénéficié des sages conseils que m'ont donnés, individuellement et collectivement, les membres, ainsi que de leurs connaissances et de leurs mises en garde éclairées. Ils ont été généreux avec leur temps et leur patience. Ils ont

lu les différentes études de recherche et livré des conseils quant à la meilleure utilisation à faire de leurs conclusions en vue du rapport de la phase II.

À son niveau le plus général, le programme de recherche de la Commission s'est intéressé aux relations entretenues par le Parlement avec le gouvernement du Canada et les fonctionnaires, et inversement, à la meilleure façon de promouvoir la transparence au gouvernement, et aux rôles des principaux acteurs politiques et administratifs au sein du gouvernement. Les études rédigées pour la Commission avancent des perspectives différentes et parfois contradictoires. Cette diversité était délibérée. Les études proposent par ailleurs diverses pistes de solution. Nous avons eu le privilège d'intéresser des spécialistes renommés dans leur domaine à produire ces travaux de recherche pour la Commission. Nous avons également fait appel à des praticiens pour des rapports traitant du personnel exonéré, de la vérification interne et de questions en matière de publicité et de commandites.

Ces études abordent toutes les questions que le juge Gomery a été chargé d'examiner. Elles traitent en effet des rôles respectifs du Parlement, des ministres et des hauts fonctionnaires; des processus de nomination des sous-ministres et d'évaluation de leur rendement; de l'accès à l'information; et de législation en matière de divulgation d'actes fautifs et de lobbying.

Les études

Dans **« Définir les frontières : l'argument constitutionnel pour l'indépendance bureaucratique et son implication pour la responsabilité de la fonction publique », Lorne Sossin** explique que les conventions et les dispositions constitutionnelles qui influencent ou définissent la forme et la portée des limites respectives assignées à la sphère administrative et à la sphère politique se sont accumulées au fil du temps. Elles donnent aujourd'hui lieu à des

obligations, des contraintes et des responsabilités décisionnelles qui s'appliquent tant aux fonctionnaires qu'aux dirigeants politiques.

M. Sossin estime que les conventions et les principes, la plupart tacites, qui ont graduellement imprégné la common law, les lignes directrices et les codes dans le modèle de Westminster ont conféré un caractère constitutionnel à la fonction publique, considérée comme « organe du gouvernement ». Bien que les fonctionnaires possèdent un statut constitutionnel, la législation ne le reflète pas et il n'est pas généralement admis qu'il représente une preuve tangible de l'obligation de reddition de comptes de la fonction publique. La délimitation entre administration et politique constitue une valeur et, comme le dit M. Sossin, elle représente « les conditions préalables nécessaires au succès du gouvernement et un des fondements de la démocratie de Westminster ». Une autre convention constitutionnelle exige une administration publique non partisane, ce qui signifie que les fonctionnaires doivent exécuter les décisions stratégiques des politiciens; que le mérite préside aux nominations et aux promotions; que les fonctionnaires ne peuvent s'engager en politique partisane; qu'ils ne doivent pas exprimer publiquement des opinions personnelles sur les politiques gouvernementales ou l'administration; qu'ils doivent assurer la confidentialité de leurs conseils; et qu'ils doivent faire preuve de loyauté envers le gouvernement en place.

M. Sossin passe en revue plusieurs décisions judiciaires qui ont façonné la relation entre les fonctionnaires et les dirigeants politiques et portent principalement sur les conventions constitutionnelles de neutralité, de primauté du droit et de loyauté. Il explique comment on peut maintenir l'indépendance de l'administration par l'intervention judiciaire, mais surtout par la volonté politique d'instaurer des mesures telles que des lignes directrices, la formation et la clarification des procédures de manière à modifier la culture actuelle qui estompe ou dénature la démarcation entre la sphère administrative et la sphère politique.

Selon l'auteur, un des éléments de la convention constitutionnelle est ce qu'il appelle « l'obligation des fonctionnaires de remettre en question les instructions motivées par des intérêts partisans et, au besoin, de refuser d'y donner suite ». Mais il signale aussi que le code d'éthique du Conseil du Trésor ne comprend aucune obligation explicite de signaler ou d'entraver les irrégularités, les comportements illégaux ou les manquements à l'éthique. Dans ce cas comme dans d'autres, la convention constitutionnelle n'est soutenue par aucune modalité d'application ni aucun mandat législatif explicites.

M. Sossin propose de réorienter l'ethos et la culture de la fonction publique en prenant les mesures suivantes : mettre sur pied un programme de formation et d'éducation à l'intention des fonctionnaires, comprenant des directives officielles en matière d'interaction entre la sphère administrative et la sphère politique; charger le Bureau du Conseil privé d'expliquer au ministre et au personnel politique les normes et les directives qui régissent leurs relations avec les fonctionnaires; confier à la Commission de la fonction publique la responsabilité des normes et des exigences de conformité applicables aux relations entre les dirigeants politiques et la fonction publique.

M. Sossin propose de renforcer les divers codes en prenant exemple sur le code de la fonction publique de la Grande-Bretagne, lequel comprend des recommandations déclaratives, précises et instructives au lieu des suggestions offertes par le Bureau du Conseil privé du Canada, qui indique simplement aux fonctionnaires qu'ils « peuvent » éventuellement intervenir en cas d'agissements répréhensibles ou de conduite inappropriée. Il recommande d'inscrire le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* du Canada dans la loi. Ce code, dans sa version renforcée, doit traduire la ferme volonté du Parlement et donner force de loi à la convention constitutionnelle voulant que la fonction publique soit non partisane.

M. Sossin recommande également l'adoption du modèle d'agent comptable. Selon le Conseil du Trésor, les sous-ministres ont « l'obligation de s'expliquer au Parlement en ce sens qu'ils ont le devoir d'informer et d'expliquer », mais les ministres sont seuls responsables devant le Parlement. Il signale qu'il n'existe aucun empêchement constitutionnel à ce que les sous-ministres rendent des comptes directement au Parlement par l'intermédiaire des comités. Il ajoute que lorsque les sous-ministres sont convoqués par les comités parlementaires pour rendre compte de la conduite de fonctionnaires (et de la leur), ils s'adressent au Parlement en sa qualité de chef de la fonction publique, c'est-à-dire « d'organe de gouvernement » distinct dont la voix est indépendante de celle des ministres. Dans ces circonstances, les sous-ministres sont déjà comptables envers le Parlement pour les affaires qui ne relèvent pas de la responsabilité du ministre. M. Sossin propose de reconnaître ce devoir constitutionnel propre des sous-ministres, en sus de leur obligation redditionnelle.

Dans son étude **« Encourager la rectitude, décourager l'inconduite : pour une charte de la fonction publique et une loi sur la divulgation », Ken Kernaghan** recommande que le gouvernement fédéral adopte une charte des valeurs de la fonction publique et une législation sur la divulgation qui deviendraient partie intégrante de son régime de responsabilisation.

La Charte prendrait la forme d'un texte officiel décrivant la position constitutionnelle de la fonction publique, notamment sa relation avec la sphère politique de l'État. Elle remplacerait le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*. Une loi sur la divulgation des actes fautifs protégerait les fonctionnaires révélant des formes d'inconduite dans l'administration telles que des actes illégaux et une gestion gravement fautive. M. Kernaghan examine les notions de charte et de divulgation par comparaison à ce qui existe en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni.

Il explique que l'Australie ne possède pas de charte, mais l'Énoncé des valeurs de la FPA et le Code de conduite intégrés à sa *Public Service Act* sont conçus de manière à promouvoir une fonction publique axée sur les valeurs. L'objectif est de transformer la culture de la fonction publique de manière à privilégier les valeurs plutôt que les règles et les résultats plutôt que les mécanismes. La *Public Service Commission* australienne se félicite de progrès réguliers sur le plan de l'intégration des valeurs dans les structures, processus et systèmes de la fonction publique australienne.

La Nouvelle-Zélande possède un Code de conduite de la fonction publique qui met l'accent sur des valeurs fondamentales telles que l'intégrité, l'honnêteté, la neutralité politique, le professionnalisme, le respect de la loi et des institutions démocratiques. Ce code est complété par un *Statement of Government Expectations of the State Sector and Commitment by the Government to the State Sector*, qui fournit une description concise des valeurs. Ce document, émis par les ministres, prescrit les obligations réciproques des ministres et des fonctionnaires. Ainsi, la Nouvelle-Zélande se rapproche davantage que l'Australie de la formulation de la position constitutionnelle de la fonction publique qu'exigerait une charte de la fonction publique au Canada.

M. Kernaghan montre que, comparé à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni, dans son Code du service civil, met l'accent davantage sur les valeurs démocratiques, lesquelles sont exprimées en termes plus élégants, et se préoccupe encore davantage que la Nouvelle-Zélande du rôle constitutionnel de la fonction publique au niveau de ses relations avec les ministres et le Parlement. Le format d'ensemble, la formulation et le contenu du code britannique représentent le meilleur modèle dont pourrait s'inspirer une charte des valeurs de la fonction publique canadienne.

Dans les trois pays, le principal document traitant des valeurs contient ou accompagne la protection des fonctionnaires divulgateurs.

Cependant, le régime de divulgation de chaque pays présente des singularités notables.

Le Code de conduite contenu dans la *Public Service Act* australienne est suivi d'une partie traitant de la « protection des dénonciateurs ». La loi n'établit pas des catégories d'actes fautifs, ces derniers étant simplement définis comme toute infraction au code. À quelques exceptions près, on « attend » des fonctionnaires qu'ils fassent les divulgations à l'intérieur de leur ministère plutôt qu'auprès d'une autorité externe ou on les y « encourage ». La gestion des divulgations, les enquêtes et les sanctions relèvent des chefs des organismes. On reproche au régime australien de ne pas couvrir tous les employés du secteur public, de n'offrir qu'une protection limitée contre les représailles, et de ne pas accorder de pouvoirs d'enquête et d'intervention suffisants à la Commission de la fonction publique.

La *Protected Disclosures Act* néo-zélandaise couvre les employés tant du secteur privé que du secteur public et établit plusieurs catégories d'actes fautifs graves. Alors que les employés sont tenus de faire leur divulgation à l'intérieur de leur organisme, ils peuvent néanmoins, dans des circonstances exceptionnelles, les adresser à une « autorité appropriée » en dehors de leur ministère. Parmi les critiques formulées contre la loi figure son application irrégulière, la multiplication des autorités externes auxquelles les allégations peuvent être faites et la protection insuffisante de l'identité des divulgateurs.

Les dispositions concernant la divulgation du Code du service civil britannique font partie intégrante du régime de divulgation dans ce pays. L'autre mécanisme majeur est la *Public Interest Disclosure Act*, qui couvre non seulement tous les employés du secteur public mais aussi ceux du secteur privé. Le Code du service civil britannique s'étend longuement sur la divulgation des actes répréhensibles. Il fait la distinction entre plusieurs catégories d'actes fautifs et établit un système complexe de

procédures qui permettent aux employés de formuler leurs allégations à l'intérieur ou en dehors de leur ministère. Comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni protège contre les représailles les fonctionnaires dénonçant des actes fautifs. Les garanties de confidentialité sont les meilleures en Nouvelle-Zélande et les plus faibles au Royaume-Uni.

M. Kernaghan formule un certain nombre de recommandations sur la base de son analyse comparative et de son examen du régime actuel d'affirmation des valeurs de la fonction publique et de divulgation dans l'administration fédérale canadienne. Il esquisse un régime de divulgation qu'il juge plus crédible et efficace que ceux de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Le régime qu'il propose :

- assurerait la protection des divulgateurs sous forme d'une loi plutôt que d'une politique comme c'est le cas à l'heure actuelle;
- couvrirait pratiquement tous les employés du secteur public;
- serait doté d'un bureau de l'intégrité de la fonction publique faisant office d'organe d'enquête indépendant responsable envers le Parlement;
- encouragerait les fonctionnaires à épuiser les recours internes mais les autoriserait à porter leurs allégations directement au Bureau de l'intégrité de la fonction publique;
- protégerait l'identité des personnes dénonçant des actes fautifs dans toute la mesure compatible avec les principes de la justice naturelle; et
- prévoirait des sanctions en cas d'abus flagrant et intentionnel des mécanismes de divulgation.

Il recommande également l'adoption d'une charte des valeurs de la fonction publique, qui inscrirait les valeurs fondamentales du service public dans le contexte plus général des principes de la démocratie parlementaire canadienne. Il préconise que :

- la charte soit la pièce maîtresse du régime des valeurs et de l'éthique de l'administration fédérale;
- la charte comporte une déclaration des valeurs fondamentales du service public similaire au Code de valeurs et d'éthique actuel;
- la charte accorde une place imminente aux valeurs démocratiques telles que la reddition de comptes et la neutralité;
- la charte fasse référence à d'autres documents clés traitant des valeurs et de l'éthique ainsi que des relations entre politiciens et fonctionnaires; et
- la charte soit adoptée sous forme de résolution parlementaire afin d'en asseoir la légitimité.

M. Kernaghan conclut que la législation sur la divulgation favorisera la responsabilité formelle en prescrivant des règles de bonne conduite, et que la charte favorisera la responsabilité personnelle et psychologique sous forme d'un engagement internalisé à agir comme il faut. À long terme, cette approche devrait promouvoir une culture de la fonction publique qui « encourage la rectitude et décourage l'inconduite ».

Dans **« Deux défis dans l'administration de la *Loi sur l'accès à l'information* », Alasdair Roberts** observe que la législation en matière de divulgation, telle que la *Loi sur l'accès à l'information* canadienne, a été promue comme un instrument efficace de responsabilisation des institutions publiques. Mais cette loi n'est pas sans comporter des problèmes et des difficultés. Il fait état, par exemple, des retards occasionnés par les procédures spéciales applicables aux demandes « sensibles ». Il écrit que, au Canada, les responsables des communications au Bureau du Conseil privé ont exigé de prendre connaissance au préalable des réponses aux demandes d'information relatives au scandale des subventions et contributions de 2000. Les retards qui en résultent montrent que les institutions fédérales contrecarrent

fréquemment un principe fondamental de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'application de cette loi présente deux écueils : la confrontation et l'érosion de portée.

M. Roberts indique que la majorité des demandes d'accès émanent des entreprises. Les journalistes qui font appel à la *Loi sur l'accès à l'information* sont peu nombreux et moins nombreux encore ceux qui écrivent sur des sujets précis. Néanmoins, un nombre important de demandes d'accès provient des partis d'opposition et des médias, particulièrement concernant des affaires sensibles. Lorsqu'une demande est jugée « sensible », selon une échelle d'évaluation interne qui détermine le degré de « sensibilité » et l'ampleur des risques politiques afférents, elle est acheminée directement au cabinet du ministre concerné ou au Cabinet du Premier ministre, ou bien encore transmise à des comités de spécialistes en communication. Tout est fait sur la base de la gestion du risque et de la gestion de crise, ce qui allonge invariablement les délais de réponse aux requérants. Ainsi, toutes les demandes ne sont pas traitées sur un pied d'égalité, contrairement à ce qu'exige la Loi.

M. Roberts signale également qu'un certain nombre de fonctionnaires hésitent à consigner l'information, considérant que « moins il y a de choses dans les archives, mieux c'est ». Parmi les facteurs susceptibles de limiter la transcription de l'information figurent les compressions budgétaires, des mécanismes décisionnels dans l'administration fédérale moins attentifs aux formalités et les technologies nouvelles (telles que les dispositifs pour courriel sans fil).

Plusieurs autres raisons, selon M. Roberts, expliquent la résistance que beaucoup de responsables de l'administration opposent aux demandes d'accès à l'information, dont la nature de la politique parlementaire, la tendance du parti au pouvoir à employer des stratégies défensives et la complexité de l'environnement administratif. Il se produit aussi une érosion de la capacité à gouverner efficacement, qui résulte de plus

grandes contraintes financières, de la prolifération des groupements d'intérêt, de la mondialisation et du rôle d'un plus grand nombre d'acteurs externes tels que vérificateurs des comptes, commissaires et médiateurs. Le recul de l'autorité gouvernementale, le nouveau paysage audiovisuel, les nouvelles technologies et les questions constitutionnelles contribuent également à la déstabilisation d'un environnement déjà complexe. *La Loi sur l'accès à l'information* ajoute une strate de plus à cette complexité.

M. Roberts maintient que la culture de transparence s'avère « fuyante ». Il ne décèle pas de « transformations profondes de la culture administrative dans les pays du Commonwealth », ce qui ne signifie pas, nous avertit-il, que la législation en matière de divulgation constitue un outil défaillant d'obtention de l'information. Tout au contraire, fait-il valoir, puisque l'on sait que les ministères ont été contraints à divulguer des renseignements sensibles. Il recommande de concevoir des « règles d'engagement transparentes, perçues comme équitables et adéquatement appliquées ». Il propose donc des mesures en vue de renforcer les moyens d'action des coordonnateurs de l'accès à l'information, ces derniers étant les gardiens du bon fonctionnement du processus.

M. Roberts explore l'application de la législation sur l'accès à l'information aux entités travaillant pour ou avec le gouvernement. Il prône une révision de la liste selon les critères suivants : lorsque l'entité est complètement ou partiellement financée par des crédits parlementaires ou représente un volet de l'administration d'une institution parlementaire; lorsqu'elle représente une entité-mère (société-mère) appartenant en tout ou en partie au gouvernement du Canada; lorsque son nom figure dans les Annexes I, I.1, II et III de la *Loi sur la gestion des finances publiques*; lorsqu'une entité-mère est dirigée ou gérée par une ou plusieurs personnes désignées comme étant sous tutelle fédérale; lorsqu'elle offre des produits et (ou) des services au

gouvernement du Canada ou à l'une de ses institutions; lorsqu'elle offre des produits et (ou) des services dans un domaine de compétence fédérale où des services essentiels sont assurés à la population (santé, sécurité, économie et protection de l'environnement).

M. Roberts offre des suggestions spécifiques, consistant entre autres à renforcer le rôle et les responsabilités du commissaire; à limiter la pratique d'un traitement spécial à la demande du requérant; à limiter la circulation de l'information de manière à réduire les délais de réponse; à octroyer plus de pouvoirs et d'autonomie aux coordonnateurs; à adopter la notion de « devoir d'assistance » au niveau des demandes et des réponses; à examiner la légitimité du processus de nomination du commissaire (il recommande un comité de nomination indépendant); enfin, à inscrire les nouvelles organisations dans les annexes de la loi au moment de leur création et à les assujettir automatiquement à la loi.

Il conclut que la *Loi sur l'accès à l'information* doit être remaniée. Il presse le gouvernement de s'attaquer directement au problème de l'antagonisme et d'adapter la Loi aux nouvelles réalités de la gouvernance. Il importe en particulier de reconnaître que le secteur public a évolué et comprend aujourd'hui une diversité d'acteurs gouvernementaux, quasi gouvernementaux et même privés. La législation doit tenir compte de ce changement et d'autres évolutions.

« La *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* : application et efficacité », de Paul Pross, traite de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* entrée en vigueur le 30 septembre 1989. Des modifications successives apportées en 1995, 1996, 2003 et 2004 ont donné lieu à une évolution progressive traduisant l'expérience acquise au fur et à mesure de l'application de ces dispositions et la nécessité de favoriser l'atteinte des objectifs énoncés en y incorporant des mesures vraiment efficaces au niveau législatif. Mais certaines améliorations s'imposent

encore. M. Pross rappelle que la loi initiale définissait comme lobbyiste quiconque s'engage, moyennant paiement, à représenter une tierce partie en ménageant un entretien avec les titulaires d'une charge publique ou en communiquant avec eux directement concernant la formulation ou la modification de propositions législatives et réglementaires, l'élaboration de politiques, l'octroi de subventions ou de contributions et l'adjudication de contrats (art. 5). La Loi reconnaissait le lobbyisme comme une activité légitime, créait un registre et exigeait que les lobbyistes-conseils et les lobbyistes salariés qui sont employés par les entreprises et les organismes à but non lucratif communiquent aux autorités le nom de leurs clients ou employeurs et l'objet de l'engagement. Des sanctions étaient prévues pour défaut d'enregistrement.

M. Pross explique que les objectifs du Registre étaient modestes, les pouvoirs du directeur limités et les ressources de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes permettaient uniquement d'informer les Canadiens de l'identité de lobbyistes travaillant sur des dossiers choisis. Cela traduisait la conviction du gouvernement Mulroney que le lobbyisme devait être surveillé, mais non réglementé, et que la divulgation publique des renseignements pertinents, et non les poursuites judiciaires, constituait le meilleur moyen de préserver l'intégrité du processus d'élaboration des politiques.

La version actuelle de la Loi établit le régime suivant :

- Trois catégories de personnes — les lobbyistes-conseils, les lobbyistes salariés (personnes morales) et les lobbyistes salariés (organisations) — doivent enregistrer tout engagement qui, moyennement paiement, les amène à communiquer avec le titulaire d'une charge publique au sujet de l'élaboration ou du rejet de propositions législatives, de règlements, de politiques et programmes gouvernementaux, ou de l'octroi de subventions et de contrats. Les lobbyistes bénévoles ne sont pas tenus de s'enregistrer.

- Certaines communications spécifiques sont exemptées : les communications officielles des employés d'autres gouvernements; les communications avec des titulaires d'une charge publique concernant l'application régulière des règlements; et la présentation d'observations par quiconque devant une commission d'enquête, un comité parlementaire ou lors d'autres audiences publiques.

- L'enregistrement doit se faire dans un délai déterminé et doit spécifier non seulement le nom du lobbyiste et du cabinet concerné mais aussi a) le nom des clients (ou des employeurs); b) l'objet des communications prévues avec des titulaires d'une charge publique; c) tout poste officiel occupé antérieurement par le lobbyiste dans l'administration publique du Canada; d) le nom des organismes ayant fait l'objet d'activités de lobbyisme; enfin, e) les techniques de communications qui seront employées.

- Du fait que les lobbyistes-conseils et les lobbyistes salariés pour le compte d'une association ou d'une personne morale travaillent dans un contexte quelque peu différent, ils déclarent leurs engagements différemment, même s'ils doivent tous fournir à peu près les mêmes renseignements.

- La Loi contient un code de déontologie auquel les lobbyistes doivent se conformer.

- Les responsabilités du directeur de l'enregistrement des lobbyistes comprennent la surveillance du respect du code et de l'administration du Registre, y compris la vérification des enregistrements et, le cas échéant, des informations fournies par les lobbyistes. Le directeur dépose un rapport annuel devant le Parlement et doit lui remettre également le rapport final de toute enquête menée aux termes de la Loi.

Depuis sa création, « l'enregistrement, mais non la réglementation » constitue la principale caractéristique du régime établi par la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*. Des gouvernements successifs se sont efforcés de créer un système qui ne décourage pas les citoyens de

présenter des demandes au gouvernement, ni n'instaure un processus réglementaire alourdi par un excès de renseignements et des exigences déclaratoires impossibles à faire respecter. Cette approche, fait observer Pross, a produit quelques résultats positifs. Mais, jusqu'à tout dernièrement, elle a également fait que les responsables de l'administration de la Loi ne peuvent atteindre l'objectif déclaré de celle-ci, soit « d'accorder au public la possibilité de savoir qui cherche à exercer une influence auprès des institutions de l'État ».

Les faiblesses de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* concernent cinq aspects : le contrôle d'application de la Loi, la clarté des instructions données aux lobbyistes et titulaires de charge publique, la définition d'un régime de divulgation approprié, les enquêtes sur les violations et la garantie d'indépendance du directeur.

M. Pross juge que la création d'un programme de sensibilisation à multiples volets serait la meilleure façon de s'attaquer à ces problèmes, notamment des cours de formation à l'intention des fonctionnaires, des renseignements de meilleure qualité et plus accessibles et la participation de groupes représentant les milieux des affaires et des médias aux efforts visant à communiquer plus d'information au public au sujet de l'enregistrement. Cependant, il conviendrait de renforcer cette formation et cette information accrue du public par des politiques qui obligent les fonctionnaires à faire preuve d'une plus grande vigilance et à signaler, le cas échéant, la qualité de lobbyistes des personnes qui communiquent avec eux. Il fait cependant remarquer qu'en l'absence d'un accroissement sensible de l'effectif de la Direction, la non-conformité — qu'elle soit délibérée ou involontaire — continuera d'être un problème. Il faut plus de personnel pour vérifier les renseignements, surveiller le respect des règles et enquêter sur les infractions, d'une part, et mettre en œuvre le programme de sensibilisation, d'autre part.

En outre, Pross formule plusieurs propositions en vue d'améliorer la divulgation. En réponse à ceux qui estiment qu'il faut interdire aux

personnes ayant des activités politiques de faire du lobbying, il préconise une approche plus efficace consistant à exiger la divulgation de tout poste occupé au sein d'un parti politique et de modifier les règles relatives au financement électoral de manière à assimiler les heures de bénévolat pour un parti politique à une contribution financière. D'autres propositions concernent l'emploi antérieur des bénévoles et la participation des lobbyistes aux conférences et réunions.

M. Pross se penche enfin sur l'indépendance du directeur. Il recommande, pour deux raisons, que le directeur et son service soient placés sous la supervision directe du Parlement car, à l'heure actuelle, le directeur peut faire l'objet de pressions exercées par les ministres et d'autres hauts fonctionnaires et la Direction est vulnérable à des décisions budgétaires, organisationnelles et de dotation qui peuvent — de façon plus ou moins subtile — limiter gravement son efficacité.

« Faute d'un clou : le rôle de la vérification interne dans le scandale des commandites », de Liane Benoit et Ned Franks, décrit et analyse la fonction de vérification interne de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) par rapport à l'évolution du Programme de commandites entre 1995 et 2000, passe en revue une série de facteurs pouvant expliquer la défaillance de la vérification interne au cours de cette période, et évalue les réformes apportées à la reddition de comptes et à la gestion financière en octobre 2005 par le gouvernement du Canada.

Mme Benoit et M. Franks relatent que fin 1994, le personnel de TPSGC responsable des achats de publicité et des commandites (qui négociait les contrats avec les agences) a été transféré dans un nouveau service ayant à sa tête Charles « Chuck » Guité, déjà responsable de la sélection des agences publicitaires et du suivi de la publicité gouvernementale. Cette fusion a fait disparaître les mécanismes de contrôle qui s'appliquaient auparavant aux commandites et aux marchés publicitaires.

La Direction de la vérification et de l'examen de TPSGC a recommandé la mise en place d'un cadre de contrôle administratif du nouveau service, appelé Secteur de la publicité et de la recherche sur l'opinion publique (SPROP). Son rapport faisait ressortir que l'indépendance organisationnelle et la politisation apparente du SPROP présentaient un risque inhérent élevé et recommandait d'entreprendre rapidement un audit de conformité. Par deux fois (en 1995-1996 et 1996-1997), la recommandation a été écartée. Dans l'intervalle, à la mi-1996, les allégations d'irrégularités contractuelles formulées par Allan Cutler dans une plainte à son syndicat ont été examinées par la Direction de la vérification et de l'examen, qui a recommandé une enquête plus poussée. Il en a résulté deux conséquences : une vérification interne de conformité de petite envergure, menée par Ernst & Young, et des représailles infligées à M. Cutler qui ont démontré l'impunité de M. Guité.

Des versions préliminaires du rapport de vérification d'Ernst & Young de 1996 soulignaient la portée limitée de l'audit, identifiaient des domaines de risque important et abordaient de front les irrégularités contractuelles. À l'insistance de la Direction de la vérification et de l'examen, ces passages furent supprimés. Le rapport final contenait également des affirmations trompeuses à l'effet que nul indice de gains ou d'avantages personnels n'avait été détecté et que le SPROP manquait de savoir-faire au niveau de la fonction d'achat. C'est sur la foi de ces informations fallacieuses que le Comité de vérification de TPSGC a accepté le rapport final et chargé M. Guité de dresser un plan d'action; elles peuvent également expliquer l'inaction du Conseil du Trésor lorsque des résumés de ces documents lui ont été communiqués.

La vérification interne suivante fut effectuée en 2000, dans le sillage du scandale DRHC. Elle a mis à jour des irrégularités très similaires à celles trouvées en 1996, mais là encore, TPSGC en a minimisé la gravité au moyen d'une formulation neutre de son rapport; en outre, toutes les mentions du rapport de 1996 et de ses recommandations

restées lettre morte furent supprimées du texte. Le fait pour TPSGC d'avoir caché les similitudes avec les résultats de l'audit de 1996 et de n'avoir donné aucune suite à ces derniers équivalait à une dissimulation délibérée, une « abdication totale de l'intégrité » de la vérification interne du ministère. Néanmoins, en 2000, le Programme de commandites commençait déjà à attirer suffisamment d'attention en dehors du ministère pour que la tentative de dissimulation échoue, et divers autres audits furent menés au cours de la période 2000-2003.

Dans la deuxième partie de leur étude, Mme Benoit et M. Franks font un tour d'horizon des facteurs culturels, institutionnels et structurels qui ont pu amener les vérificateurs de TPSGC à négliger de scruter des activités présentant de si grands risques pour le ministère. Parmi les possibilités citées figurent l'incompétence et (ou) le piètre jugement de la part des hauts responsables de la vérification à TPSGC, la « politisation structurelle », qui faisait que les fonctionnaires épousaient les efforts de M. Guité de préserver l'unité nationale à tout prix, et l'ingérence politique. Il se peut également que les vérificateurs aient tout simplement accordé plus de foi à la version des événements de M. Guité qu'à celle de M. Cutler. Ils signalent que, de façon générale, l'interaction entre les vérificateurs et les gestionnaires du ministère reflète parfois un « choc des cultures » et peut résulter en des rivalités personnelles et organisationnelles.

Mme Benoit et M. Franks font observer que les vérifications internes ne sont plus véritablement internes, puisqu'elles peuvent être rendues publiques sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI). Le profane peu au fait des différences de nature entre vérification interne et externe pense que tous les audits ont pour sujet la probité financière. Après l'entrée en vigueur de la LAI en 1983, les gestionnaires ont commencé à se préoccuper davantage de la formulation et des conclusions des rapports de vérification interne, dans la perspective d'une éventuelle publication de ces documents. Des négociations serrées se

déroulent souvent entre gestionnaires et vérificateurs ou entre vérificateurs et cabinets privés, avec pour résultat une tendance à la neutralisation des rapports. Il peut être plus difficile de contrôler la formulation des rapports d'audit lorsqu'ils sont le fait de cabinets privés engagés à contrat. Bien que ces consultants soient habituellement sensibles aux souhaits de leurs clients et même si beaucoup vont réviser leurs rapports en conséquence pour ménager leurs entrées, cela devient éthiquement périlleux lorsque les deux parties n'ont pas à cœur l'intérêt supérieur de l'organisation. Les auteurs font valoir que la tendance des ministères à épurer les rapports pour la consommation du public réduit l'utilité de la vérification interne comme outil de gestion fiable. Cela peut également égarer sérieusement les sous-ministres et comités de vérification qui se fient à l'intégrité de ces renseignements pour prendre des décisions administratives.

Mmes Benoit et M. Franks résument les réformes introduites par le gouvernement le 21 octobre 2005 en vue d'améliorer la reddition de comptes et la gestion financière. Ils relèvent que ces changements tendent à aligner le régime de vérification sur les pratiques du secteur privé. Ils argüent que, contrairement au vérificateur général et aux conclusions du premier rapport du juge Gomery, les réformes attribuent l'affaire des commandites à une défaillance interne du contrôle administratif plutôt qu'à des pressions politiques externes. Cependant, même en admettant que la faute était imputable à des fonctionnaires ministériels trop facilement intimidés, le renforcement du pouvoir des ministres et des organismes centraux ne fera probablement qu'aggraver les choses. Ils signalent également que le président du Conseil du Trésor préconise que dorénavant les ministres, et non les sous-ministres, soient les premiers gestionnaires des ministères. Cela inverse les prémisses qui sous-tendent la machinerie gouvernementale actuelle et la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ils ajoutent que cette approche de la vérification semble conçue pour doter la fonction de

vérification interne d'une forme hybride, visant à fournir des assurances associées à celles des vérifications externes, et que le nouveau poste de dirigeant de la vérification créé dans les ministères introduit une double relation hiérarchique dans la structure ministérielle qui obscurcit encore davantage la reddition de comptes.

Mme Benoit et M. Franks soulignent l'importance des comités de vérification ministériels restructurés et le grand nombre d'experts de l'extérieur du ministère qui seront mis en jeu par le nouveau régime. Cette innovation soulève plusieurs problèmes dont a) le risque de clientélisme et (ou) de politisation au niveau de la nomination et du fonctionnement de ces comités; b) la perturbation des relations entre ministres et sous-ministres résultant des réunions annuelles à huis clos entre les comités et les ministres, réunions dont les sous-ministres sont exclus et c) les conflits, soupçons et ressentiments que peut faire naître un régime où les sous-ministres (en tant que membres des comités de vérification) fournissent des assurances à des ministres autres que le leur. Par ailleurs, il peut y avoir confusion des responsabilités lorsqu'un comité donne à un ministre de fausses assurances (peut-être sur la foi de rapports de vérification trompeurs), auquel cas le ministre et le sous-ministre pourront tous deux blâmer l'organe externe pour le fait qu'ils n'ont pas su détecter les erreurs dans leur service.

Mme Benoit et M. Franks argüent que le rétablissement du Bureau du contrôleur général signifie davantage de vérifications et une plus grande intervention des organismes centraux. Il est certes nécessaire d'améliorer la vérification interne, mais cette mesure ouvre la porte à un régime de vérification oppressant qui pèserait sur le moral et l'amour-propre des fonctionnaires. Ils formulent un certain nombre d'observations finales :

- Les réformes négligent un facteur de taille de la défaillance de la vérification interne de TPSGC — l'impact de la LAI sur l'intégrité des audits internes; Mme Benoit et M. Franks considèrent que les

exigences de la transparence pourraient être satisfaites en ne publiant que les résumés des rapports de vérification interne.

- Les réformes ne remédient pas à la classification des vérificateurs ministériels et semblent de ce fait négliger les problèmes sérieux que sont la qualité et le professionnalisme.

- L'affaire des commandites a démontré la nécessité d'une fonction publique suffisamment assurée d'elle-même pour résister à l'ingérence politique. Au lieu de cela, les réformes renforcent les pouvoirs des organismes centraux aux dépens des ministères et exagèrent le rôle des ministres au détriment des sous-ministres.

Dans **« Publicité et commandites du gouvernement fédéral : nouvelles directions de gestion et de surveillance », Ian Sadinsky et Thomas Gussman** décrivent l'alliance contre nature entre agences publicitaires et partis politiques qui a toujours existé depuis la Confédération en 1867. La devise de cette alliance est simple : « Travaillez pour notre parti gratuitement ou à honoraires sensiblement réduits pendant la campagne électorale et vous serez récompensé avec des contrats si nous sommes élus ». Cette complicité, observent les auteurs, est contraire aux valeurs traditionnelles qui imprègnent l'administration publique canadienne.

En outre, la population canadienne est aujourd'hui bien informée et hautement instruite, comparé à il y a une quarantaine d'années. Un effort concerté a également été déployé ces dernières années afin de renforcer les normes de transparence et de reddition de comptes de l'administration au moyen de diverses mesures. La réforme du financement électoral en est une, qui permet aux partis politiques de couvrir plus facilement le coût des campagnes électorales. Certes, le scandale des commandites a également fait réaliser à de nombreux Canadiens la nécessité de renforcer les mécanismes administratifs et la gestion financière du service public.

MM. Sadinsky et Gussman esquissent un certain nombre d'objectifs qui devraient présider à la gestion des activités de communication du gouvernement, publicité et commandites comprises. Ces objectifs englobent l'efficacité du programme, l'optimisation des ressources, la transparence, l'équité, une surveillance appropriée, la flexibilité, la responsabilisation des titulaires de charges publiques, des fonctionnaires et fournisseurs de services et, enfin, le développement de capacité par le biais de programmes de formation et de perfectionnement.

MM. Sadinsky et Gussman indiquent que le gouvernement fédéral a introduit un certain nombre de mesures ces trois dernières années qui visent à renforcer les pratiques de gestion dans le domaine de la publicité. Ces mesures prévoient d'augmenter le nombre des fournisseurs de services publicitaires, des appels d'offres et des outils contractuels, ainsi que de rémunérer les agences sur une base horaire plutôt que sous forme de commissions comme auparavant. D'autres méthodes de paiement, telles que des honoraires et une rémunération au rendement, peuvent être envisagées le cas échéant. Parmi les mesures additionnelles, on peut citer la sélection d'une nouvelle agence de référence par le mécanisme de la demande de propositions concurrentielles, l'imposition d'une exigence de contenu canadien de 80 p. 100 et de nouvelles contraintes destinées à accroître la transparence.

Mais ce n'est pas tout. Le gouvernement a également introduit plusieurs changements administratifs et structurels, entre autres la création de deux nouveaux centres de responsabilité pour gérer les activités publicitaires, en particulier l'acquisition, et d'une section chargée de fixer les priorités pour toute la publicité gouvernementale, logée dans un organisme central (le Bureau du Conseil privé). En outre, de nouvelles mesures de gestion financière ont été prises, avec notamment la création d'un poste de directeur financier dans chaque ministère.

MM. Sadinsky et Gussman applaudissent à ces mesures de réforme, estimant qu'elles rendent « moins probable » un nouveau scandale des commandites. Néanmoins, ils aimeraient plus. Ils demandent, par exemple, s'il est judicieux de confier au BPC la responsabilité de la publicité, étant donné ses relations étroites avec le Cabinet du Premier ministre. Ils cherchent la réponse dans l'expérience d'autres juridictions. En Ontario, de nouvelles mesures ont été introduites afin d'isoler les activités publicitaires des considérations partisanes. Le vérificateur général de l'Ontario doit examiner par avance la plupart des campagnes publicitaires et peut désigner un commissaire à la publicité pour faire l'examen d'activités publicitaires en son nom. Tout objet de publicité jugé inconvenant ne peut être utilisé et la décision du vérificateur général est finale. Le vérificateur général fait rapport annuellement au président de l'Assemblée législative de toute infraction à la loi et des dépenses de publicité (pour la publicité du gouvernement en général et pour des objets particuliers de publicité soumis à la loi).

Les auteurs accordent une grande importance à l'accréditation professionnelle et à la formation et au perfectionnement. Ils saluent les efforts récents du gouvernement dans ce domaine. Ils font valoir que la publicité représente un outil de communication sophistiqué qui exige des compétences particulières et une expérience avérée.

Ils passent également en revue les moyens de mettre fin à l'alliance contre nature entre les agences publicitaires et les partis politiques. Cependant, ils sont réticents à imposer une période d'attente aux agences ayant travaillé à des campagnes politiques avant de pouvoir soumissionner pour des marchés gouvernementaux. Il ne faut dénier le droit démocratique de participer aux élections ni aux sociétés ni aux particuliers, mais ils ne devraient pas non plus être indûment récompensés.

MM. Sadinsky et Gussman relèvent que le gouvernement fédéral, échaudé par le scandale, est devenu réticent à offrir des commandites,

et ce retrait suscite des préoccupations, en particulier de la part des petites organisations. Ils affirment que les activités publicitaires et de commandite du gouvernement sont légitimes, à condition d'être bien gérées. Si le gouvernement décidait de reprendre ses activités de commandite, il recommande que a) les activités de commandite soient menées de façon équitable et transparente, sans aucune ingérence politique dans la sélection et la gestion des événements individuels; b) les activités de commandite soient clairement identifiées et décrites dans tous les documents de planification, de gestion et d'information destinés aux gestionnaires ministériels, aux organismes centraux et au Parlement; c) des évaluations et vérifications périodiques soient effectuées pour s'assurer que les commandites sont conformes aux objectifs déclarés, d'un bon rapport qualité-prix, libres d'ingérence partisane dans leur administration et gestion et n'entraînent pas de conséquences imprévues; et d) s'il est besoin d'un siège central pour un programme officiel de commandites, il devrait être situé dans un ministère opérationnel plutôt que dans un organisme central ou une organisation de services communs. Il pourrait aussi être utile de créer un groupe consultatif qui puisse offrir des conseils techniques aux ministères qui envisagent de participer ou participent à des activités de collaboration ou de commandites. Ce groupe pourrait, par exemple, être associé au Bureau du Programme de coordination de l'image de marque au Secrétariat du Conseil du Trésor ou encore au Secteur de coordination de la publicité et des partenariats de TPSGC.

Les auteurs concluent que le Bureau du contrôleur général pourrait s'avérer être à long terme le lieu le plus neutre où loger la coordination globale de la publicité. Étant donné que ce bureau est actuellement accaparé par la mise en œuvre du nouveau régime de vérification et l'accroissement des normes professionnelles, ils considèrent que la fonction devrait rester confiée provisoirement au BCP étant donné les garanties mises en place.

DÉFINIR LES FRONTIÈRES : L'ARGUMENT CONSTITUTIONNEL POUR L'INDÉPENDANCE BUREAUCRATIQUE ET SON IMPLICATION POUR LA RESPONSABILITÉ DE LA FONCTION PUBLIQUE

Lorne Sossin

1 Introduction

Ce document explorera les bornes constitutionnelles qui établissent la base des relations entre les sphères politique et bureaucratique du gouvernement[1]. Certains suggèrent que les frontières entre, d'une part, les ministres et le personnel politique (que j'appellerai « l'exécutif

politique ») et, d'autre part, les cadres de la fonction publique, les fonctionnaires et les employés subalternes du gouvernement (que j'appellerai collectivement la « fonction publique ») sont affaire d'opportunisme politique plutôt que de principe constitutionnel[3]. Je crois que la primauté de l'opportunisme politique a créé un climat de sauvegardes insuffisantes contre l'ingérence politique dans les décisions de la fonction publique. À mon avis, la reconnaissance de la primauté du principe constitutionnel serait une réaction salutaire et constructive à l'affaire des commandites et devrait être à la base de toute recommandation visant à prévenir les incursions contre le caractère non partisan de la fonction publique à l'avenir.

Le Conseil du Trésor est le ministère responsable de l'administration de la fonction publique. Dans le récent rapport du Conseil du Trésor intitulé *Examen des responsabilités et des responsabilisations des ministres et des hauts fonctionnaires*[4], préparé en réponse au rapport de 2003 de la vérificatrice générale sur le programme de commandites, on décrit dans les termes qui suivent l'absence de statut constitutionnel de la fonction publique :

> Les ministères, en tant qu'appareils pour l'exercice du pouvoir et des responsabilités des ministres, sont l'unité organisationnelle de base de l'administration exécutive dans le système de gouvernement britannique, et les ministres agissent principalement par l'entremise des fonctionnaires de leur ministère. Le rôle de la fonction publique consiste à faire avancer fidèlement et efficacement le programme du gouvernement en place sans compromettre l'impartialité politique requise pour assurer la continuité et offrir un service aux gouvernements successifs dont les priorités et les allégeances politiques varient. Pour y parvenir, les fonctionnaires doivent formuler, en toute sincérité, des conseils professionnels exempts de considérations partisanes et sans craindre la critique politique, d'où le besoin de rester en dehors du contexte politique. Mais bien

> que les fonctionnaires offrent des conseils, les ministres démocratiquement élus ont le dernier mot, et les fonctionnaires doivent se conformer aux directives légitimes de leur ministre. En somme, tous les ministères et tous les fonctionnaires qui y travaillent doivent rendre des comptes à un ministre qui à son tour est responsable envers le Parlement. Sinon, on obtiendrait un gouvernement contrôlé par des personnes non élues. *Fidèles à ces principes, les fonctionnaires, comme tels, n'ont pas d'identité constitutionnelle indépendante de leur ministre*'. (Italique ajouté)

Il est vrai qu'aucune disposition expresse dans les textes constitutionnels du Canada n'accorde un statut constitutionnel à la fonction publique (comme c'est le cas, par exemple, du judiciaire), mais il est également vrai qu'une gamme de conventions et de principes constitutionnels non écrits donnent clairement lieu à des obligations, des responsabilités et des contraintes dans la prise de décisions par les membres de la fonction publique, qui, ensemble, confèrent un statut constitutionnel à la fonction publique comme organe du gouvernement. Par conséquent, à mon avis, il est trompeur de laisser entendre que les fonctionnaires n'ont pas d'identité constitutionnelle indépendante de leur ministre ou que les fonctionnaires n'ont aucune responsabilité constitutionnelle ou légale en dehors de la loyauté envers leur ministre. J'explique cette conclusion plus bas.

Bien que je croie que des normes constitutionnelles constituent le point de départ des doctrines et des principes qui régissent la fonction publique, il ne serait guère utile de cataloguer simplement ces doctrines et ces principes. Il est important de déterminer comment fonctionnent ces bornes et d'assurer qu'au besoin, elles fonctionnent comme des « lignes dans le sable » et non pas seulement des « cordes de sable ». À cette fin, ces frontières doivent être articulées et appliquées de façon compatible avec les institutions démocratiques et les réalités politiques. Si l'intégrité de ces frontières doit être maintenue, elles doivent

imprégner la culture de l'exécutif politique et de la fonction publique. L'affaire des commandites a illustré une culture où les frontières entre les intérêts des ministres et les obligations des fonctionnaires ont été brouillées et déformées[5]. Clairement, le statu quo peut et doit être amélioré.

L'analyse qui suit est divisée en deux parties. La première partie explore le terrain juridique et constitutionnel de la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique, y compris la convention constitutionnelle de la neutralité de la fonction publique, le principe constitutionnel de la primauté du droit et le devoir de loyauté des fonctionnaires en common law dans leur relation avec l'exécutif politique. Quoique cette section porte essentiellement sur les raisons constitutionnelles des frontières entre les sphères politique et bureaucratique, le respect mutuel et l'interdépendance entre les divers organes de l'exécutif du gouvernement sont des conditions préalables au succès du gouvernement et un fondement de la démocratie de Westminster. Le respect mutuel et l'interdépendance ne sont possibles, dirais-je, qu'entre organes du gouvernement qui jouissent aussi d'identités distinctes et d'une certaine indépendance l'un de l'autre. La deuxième partie du présent document explore des avenues pour établir, surveiller et faire respecter les frontières relevées dans la première partie. Ces avenues peuvent inclure la révision judiciaire, des enquêtes du vérificateur général, des enquêtes publiques, des comités parlementaires et des examens du Bureau du Conseil privé ou du Conseil du Trésor, mais je conclus qu'il y a des arguments convaincants en faveur d'une commission de la fonction publique vraiment indépendante, dotée d'un pouvoir de surveillance et de sanction dans l'application d'un code de la fonction publique remanié et enchâssé dans la loi (qui pourrait constituer la base d'une campagne robuste d'éducation publique et d'initiatives de formation professionnelle).

2 Le terrain constitutionnel et juridique

2.1 Frontières constitutionnelles

La première section de l'article sonde les bases constitutionnelles des frontières entre les sphères politique et bureaucratique du gouvernement exécutif. Au moins deux principes constitutionnels traitent directement du rôle et de la responsabilité des décideurs exécutifs : d'abord, la convention constitutionnelle de la neutralité bureaucratique fait en sorte que les fonctionnaires ont une première obligation envers la Couronne (et, par extension, la population du Canada) et non pas envers le parti qui se trouve à former le gouvernement en place; et ensuite, la primauté du droit assure que la prise de décision exécutive n'est animée que par les bons motifs, la bonne foi et des critères pertinents établis par la loi. Je soutiens qu'ensemble, ces principes représentent une norme constitutionnelle d'indépendance bureaucratique. Cette norme suggère un spectre nécessaire de séparation entre la prise de décision bureaucratique et politique. Dans certains cas, cette séparation sera quasi absolue, comme dans les décisions de justice criminelle faisant appel aux tribunaux ou aux procureurs. Dans d'autres cas, comme les sphères d'établissement de politiques où la direction politique peut être décisive, la séparation peut être subtile. Le programme de commandites, et l'approvisionnement en général, se situent vers la fin du spectre exigeant plus d'indépendance. Alors que la direction politique peut créer un programme de commandites, par exemple, il est difficile d'imaginer une intervention politique appropriée dans le choix de l'agence de publicité à qui attribuer un contrat.

2.1.1 La convention constitutionnelle d'une fonction publique non partisane

Le point de départ de toute discussion de l'indépendance de la fonction publique comme norme constitutionnelle est la convention constitutionnelle que la fonction publique reste neutre entre les intérêts partisans

(la « convention »)[6]. Kenneth Kernaghan en a résumé le contenu dans une liste souvent citée de six principes clés :

1) Le politique et la politique sont distincts de l'administration; ainsi, les politiciens prennent les décisions politiques et les fonctionnaires exécutent ces décisions.

2) Les fonctionnaires sont nommés et promus sur la base du mérite plutôt que de l'affiliation ou de contributions à un parti.

3) Les fonctionnaires ne participent pas à des activités politiques partisanes.

4) Les fonctionnaires n'expriment pas publiquement leurs opinions personnelles sur les politiques ou l'administration du gouvernement.

5) Les fonctionnaires donnent des conseils francs et objectifs à leurs maîtres politiques en privé et en confidence; en retour, les exécutifs politiques protègent l'anonymat des fonctionnaires en assumant publiquement la responsabilité des décisions des ministères.

6) Les fonctionnaires exécutent les décisions politiques loyalement, indépendamment de la philosophie et des programmes du parti au pouvoir et de leurs opinions personnelles; en conséquence, les fonctionnaires jouissent de la sécurité d'emploi moyennant leur bonne conduite et un rendement satisfaisant[7].

Il y a, selon moi, une importante omission dans cette liste. La convention inclut aussi le devoir des fonctionnaires de mettre en doute et, au besoin, de refuser de suivre des instructions qui sont motivées par des intérêts partisans malhonnêtes. Alors que les ministres sont responsables des décisions du ministère, les fonctionnaires sont seuls responsables de leur obligation de rester non partisans. Par rapport à la Couronne, la fonction publique est gardienne de l'intérêt public (et, par extension, du trésor public). En plus de leurs premières obligations constitutionnelles envers la Couronne, les fonctionnaires ont un devoir

de loyauté en common law envers le gouvernement en place, qui inclut l'obligation d'exécuter des instructions légales et de ne pas critiquer publiquement la politique du gouvernement ni de prendre parti publiquement dans des débats partisans. La limite de cette obligation secondaire de loyauté envers le gouvernement est dictée par l'obligation première de responsabilité envers la Couronne. Autrement dit, il n'est pas constitutionnellement acceptable que les fonctionnaires exercent leur loyauté envers le gouvernement en place s'il leur faut pour ce faire participer à des activités partisanes (ou, comme on l'explique plus bas, enfreindre la règle de droit).

Alors que la convention pourrait suggérer que la fonction publique agit indépendamment de l'exécutif politique, dans plusieurs sinon la plupart des contextes gouvernementaux, le gouvernement ne peut pas fonctionner sur cette base. Les fonctionnaires sont profondément engagés dans le soutien de l'exécutif politique pour la formation et la finalisation de ses préférences politiques. Les fonctionnaires aident à formuler la législation et ont un rôle important dans la préparation des instruments politiques et réglementaires visant à réaliser les objectifs législatifs. Les fonctionnaires donnent vie aux programmes du gouvernement par l'exercice de la discrétion et le contrôle de l'exécution. Les fonctionnaires sont responsables de la surveillance par voie d'audits internes et de mesures redditionnelles. Dans beaucoup de ces situations, les hauts fonctionnaires travaillent main dans la main avec le personnel politique à l'emploi des ministres (qu'on appelle le « personnel exonéré » au niveau fédéral parce qu'il est exempt des obligations qu'impose la loi à la fonction publique), qui peut aussi être profondément engagé dans la prise de décisions sur la formation de la politique et la gestion des problèmes. Comme a dit un ancien haut fonctionnaire, l'idée de pouvoir garder les rôles politique et bureaucratique distincts aux plus hauts niveaux de la prise de décision gouvernementale est « naïve et improductive »[5]. C'est justement à cause

de cet enchevêtrement du bureaucratique et du politique que les principes constitutionnels qui délimitent les sphères d'activité bureaucratique et politique deviennent si cruciaux.

L'interdépendance des domaines bureaucratique et politique de l'exécutif peut être menacée de deux façons : d'abord, lorsque l'exécutif politique (c.-à-d. le Premier ministre et son Cabinet, les ministres et leur personnel politique) cherche à politiser la fonction publique pour son propre avantage; et ensuite, lorsque les fonctionnaires agissent à des fins partisanes de leur propre initiative. Dans l'affaire des commandites, la convention a été compromise dans les deux sens. C'est en réponse à de telles menaces que les tribunaux, s'appuyant sur la convention, ont joué un rôle central[v].

Pour déterminer comment le mieux articuler et appliquer la convention, il est important de la placer dans le contexte des règles générales applicables aux conventions constitutionnelles. Les conventions constitutionnelles ne font pas partie des textes constitutionnels écrits, mais proviennent de pratiques et de coutumes traditionnellement acceptées dans le cadre de l'appareil gouvernemental. Dans *OPSEU c. Ontario (A.G.)*[vi], la Cour suprême a formulé l'observation suivante sur les conventions :

> Comme il a été expliqué dans Objet : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753, aux p. 876 à 878, concernant la Constitution du Canada — mais on peut en dire autant de la constitution de l'Ontario — « ces parties qui sont composées des règles légales et des règles en common law sont génériquement appelées la loi de la constitution ». En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles de nature différente mais de grande importance appelées conventions de la constitution. La plus fondamentale de celles-ci est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit,

> même s'il est implicitement mentionné dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* . . .[11]

La convention constitutionnelle d'une fonction publique politiquement neutre fait partie de ce qu'on appelle parfois dans les documents de l'administration publique le « triangle de fer », soit les conventions sur la neutralité politique, la responsabilité ministérielle et l'anonymat de la fonction publique[12]. Le fait que ces obligations ne fassent pas partie de la constitution écrite n'enlève rien à leur centralité dans le régime constitutionnel du Canada[13]. Autrement dit, une fonction publique non partisane est aussi essentielle que la responsabilité ministérielle à l'ordre constitutionnel du Canada. Cependant, comme l'expliquent Wade et Forsyth, écrivant dans le contexte britannique, la convention de neutralité et d'anonymat des fonctionnaires peut être vue comme s'entrelaçant avec la responsabilité ministérielle :

> Le grand degré de détachement et d'anonymat avec lequel travaille la fonction publique est en grande partie une conséquence du principe de la responsabilité ministérielle. Si les fonctionnaires suivent les ordres du ministre ou agissent conformément à sa politique, c'est à lui et non pas à eux d'assumer le blâme. Il prend aussi la responsabilité des erreurs ordinaires ou des échecs administratifs. Mais il n'est pas obligé d'endosser un acte non autorisé qu'il désapprouve, même s'il a la responsabilité générale de la conduite de son ministère et de toute mesure disciplinaire nécessaire[14].

Comme l'a fait observer Kernaghan, la responsabilité ministérielle est rarement définie et le manque de compréhension de ses exigences « donne lieu à des interprétations déroutantes, créatives et trompeuses de sa signification »[15].

Le principe de la neutralité de la fonction publique peut bien être le complément du principe de la responsabilité ministérielle, mais je suis

plutôt d'avis que la neutralité et l'impartialité de la fonction publique ne dépendent pas de la responsabilité ministérielle et représentent un principe constitutionnel autonome, qui doit son origine moderne à la primauté du droit. Que les ministres démissionnent en fait comme ils le devraient ou qu'ils rendent leur ministère vraiment comptable à la législature comme ils le devraient, la logique de protéger les fonctionnaires contre l'ingérence politique indue et de restreindre leurs activités partisanes reste justifiée. Autrement dit, même si le principe de la responsabilité ministérielle s'érode (comme plusieurs le suggèrent)[16], cela ne sape pas les raisons ni l'exigence d'une fonction publique neutre. D'ailleurs, comme le démontre l'affaire des commandites, plus le concept de la responsabilité ministérielle semble s'écarter des pratiques actuelles du gouvernement, plus l'importance et l'urgence d'une fonction publique indépendante s'accroissent.

Les conventions n'existent pas et ne peuvent pas exister dans l'abstrait. Ce sont des règles constitutionnelles dont les contours sont fixés par la pratique au fil du temps — elles sont déterminées dans une très grande mesure par une vue particulière de l'histoire. L'histoire de la fonction publique, toutefois, révèle plusieurs histoires différentes. Au moins depuis la Confédération, l'une des principales caractéristiques du gouvernement responsable du Canada à l'époque coloniale était la sécurité d'emploi des fonctionnaires, mais le système d'évaluation au mérite n'a pas pris racine avant la fin du XIXe et le début du XX[e][17]. Le népotisme était endémique[18], et il reste commun dans une variété de nominations aux conseils et agences et n'est pas exclu même aux échelons les plus élevés de la fonction publique[19]. L'anonymat de la fonction publique est aujourd'hui couramment enfreint[20]. Non seulement ces violations de l'anonymat sont-elles courantes, elles sont maintenant attendues, dirais-je. Dans une ère où les « directives secrètes » et la politique « à huis clos » sont perçues comme étant incompatibles avec la responsabilité transparente, peu de milieux verraient l'anonymat de la fonction

publique d'un œil favorable. La divulgation de l'identité de fonctionnaires, toutefois, ne devrait pas être interprétée comme une approbation de l'humiliation publique des fonctionnaires. La valeur en jeu dans ces situations n'est pas le secret, mais le respect pour la fonction publique comme institution.

Dans l'affaire *OPSEU c. Ontario (A.G.)*, la Cour suprême a semblé reconnaître la qualité ambitieuse de la neutralité politique comme une convention plutôt que sa fondation empirique dans les pratiques politiques de l'époque. La Cour a cité avec l'assentiment de M. le juge MacKinnon le passage suivant qu'il a écrit pour la Cour d'appel de l'Ontario :

> Il y avait clairement une convention de neutralité politique des fonctionnaires de la Couronne au moment de la Confédération et le raisonnement soutenant cette convention a été constant au cours des années subséquentes. Qu'elle ait été pleinement honorée en pratique à l'époque importe peu. La considération n'est pas, comme il a été dit plus tôt, l'opportunité sociale de la législation mais plutôt le fait qu'historiquement, il y avait une telle convention en 1867. Il est difficile de désapprouver la conclusion de M. le juge Labrosse que : « la confiance publique dans la fonction publique exige sa neutralité politique et un service impartial au parti politique au pouvoir, quel qu'il soit » (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.). Les dispositions contestées semblent refléter simplement la convention existante[31].

Autrement dit, qu'une fonction publique non partisane ait représenté la règle d'exception à l'époque de la Confédération n'a rien à voir avec l'enquête. L'histoire a un vote mais pas un droit de veto sur la portée des conventions constitutionnelles. En bout de ligne, il appartient aux juges, et non pas aux historiens, de déterminer leur portée. Bien qu'elles puissent déterminer les exigences de telles conventions, les cours ne peuvent ordonner à l'exécutif ni à l'organe législatif de s'y conformer[32].

Néanmoins, l'importance des conventions a été rehaussée par l'importance grandissante des principes constitutionnels non écrits plus généralement et le renforcement du rôle de la Cour comme catalyseur de l'évolution constitutionnelle par l'exposition de tels principes[73].

La discussion la plus détaillée de l'effet de cette convention se trouve dans l'arrêt de la Cour suprême *Fraser c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*[74]. M. Fraser était une mouche du coche qui travaillait à Revenu Canada, mais dont le passe-temps semblait être de critiquer publiquement la politique du gouvernement, surtout le passage au système métrique (il a été photographié dans le *Whig-Standard* avec une pancarte disant « votre liberté de mesure est la mesure de votre liberté »)[75]. M. Fraser a fait l'objet d'une sanction pour sa conduite qu'il a contestée sous prétexte que les fonctionnaires devraient être libres de critiquer le gouvernement en place s'ils sont en désaccord avec sa politique ou ses pratiques. La Cour suprême a conclu que M. Fraser ne jouissait d'aucune protection légale contre une sanction de sa conduite et elle a soutenu que « [Un] fonctionnaire est tenu d'exercer un certain degré de modération dans sa critique de la politique du gouvernement pour assurer que la fonction publique est perçue comme étant impartiale et efficace dans l'exécution de ses devoirs »[76]. Le juge en chef Dickson a caractérisé la fonction publique comme étant édifiée sur des valeurs telles que « la connaissance . . . l'équité . . . et l'intégrité » et a souligné que son devoir de loyauté était envers le gouvernement du Canada, et non pas envers le parti politique qui se trouve à exercer le pouvoir[77]. Le juge Dickson a invoqué la « tradition » dans la fonction publique canadienne qui « met l'accent sur les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité »[78].

S'il n'a trouvé aucun obstacle aux sanctions dans la cause devant lui, le juge en chef Dickson a affirmé qu'il serait inapproprié de pénaliser un fonctionnaire s'opposant publiquement à la politique du gouvernement dans le cas où le gouvernement serait impliqué dans des

actes illégaux; où les politiques du gouvernement qui mettent en danger la vie, la santé ou la sécurité des fonctionnaires ou d'autres; où la critique du fonctionnaire n'aurait aucun effet sur son aptitude à s'acquitter efficacement de ses devoirs de fonctionnaire ou sur la perception publique de ce devoir[39]. En d'autres mots, si on suit cette logique, tous les fonctionnaires jouissent d'une mesure de protection légale s'ils s'avisent de devenir « dénonciateurs », qu'il existe ou non une loi spécifique les protégeant[40]. La Cour dans l'arrêt *Fraser* a affirmé que le devoir de loyauté d'un fonctionnaire envers la Couronne et, par l'intermédiaire de la Couronne, envers l'intérêt public doit en toutes circonstances être une obligation plus grande que le devoir de loyauté envers le gouvernement en place. Caractériser cela comme une convention soulève des questions. Un gouvernement pourrait-il adopter une loi exemptant une partie ou l'ensemble de la fonction publique de ses obligations non partisanes? J'estime qu'une fonction publique non partisane est une norme ou un principe constitutionnel qui reflète un contrôle crucial de l'autorité exécutive et ne pourrait pas être ouvert à la manipulation à des fins partisanes. Une tentative d'y arriver par voie législative ou exécutive serait un acte inconstitutionnel, à mon avis.

Les cours ont décrit le principe de neutralité bureaucratique comme « un droit du public dans son ensemble d'être servi par une fonction publique politiquement neutre »[41], un « principe essentiel » du gouvernement responsable[42], une question « d'intérêt public dans l'impartialité de fait et apparente du fonctionnaire »[43], et enfin, un « organe du gouvernement »[44]. Une fonction publique non partisane peut-elle être simultanément un « droit » du peuple, un « principe essentiel » de gouvernement responsable et une « politique » d'intérêt public? La réponse est sans doute que les conventions constitutionnelles (de même que les normes et les principes) peuvent avoir et ont de multiples raisons et servent de multiples fins. Cela est compatible avec ce qu'on pourrait justement caractériser comme la nature plurale de

l'exécutif dans le régime constitutionnel du Canada[15]. Un autre exemple de l'exigence plurale de l'ordre constitutionnel canadien est celle de préserver et de promouvoir la primauté du droit, vers laquelle se tourne maintenant mon analyse.

2.1.2 La « primauté du droit »

Les fonctionnaires sont investis de l'autorité publique pour mettre en œuvre le programme politique de l'exécutif politique. Ils n'ont pas d'autre champ d'intérêt ni de programme légitime et l'existence d'autres intérêts et programmes menacerait la responsabilité démocratique et les principes de Westminster en vertu desquels toute autorité publique doit obéir à la primauté du droit[16]. Le Parlement, l'exécutif politique et la fonction publique doivent tous se conformer à la primauté du droit; c'est l'obligation distincte et indépendante de tout organe du gouvernement.

L'obligation de se conformer à la primauté du droit serait une simple contrainte de l'action du gouvernement si ce n'était du fait que la primauté du droit est une notion profondément contestée qui doit aussi être mise en balance avec d'autres principes constitutionnels non écrits comme la démocratie et la souveraineté parlementaire[17]. Bien que la primauté du droit ait été reconnue comme le principe moteur de la révision judiciaire de l'action administrative[18] et soit mentionnée à côté de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte des droits*, elle reste largement inexplorée par les tribunaux comme norme constitutionnelle au Canada. Dans la *Référence sur la sécession*, où la Cour suprême a affirmé la primauté du droit comme principe constitutionnel sous-jacent, elle a décrit l'importance de la primauté du droit comme soumettant l'autorité exécutive à la responsabilité juridique et protégeant les citoyens contre l'action arbitraire de l'État :

> Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à l'origine de notre système de gouvernement. La primauté du droit,

> comme on l'a fait observer dans *Roncarelli c. Duplessis*, est « un postulat fondamental de notre structure constitutionnelle ». Comme nous l'avons noté dans la *Référence sur le rapatriement*, *supra*, p. 805-806, « [l]a "primauté du droit" est une expression très riche, signifiant beaucoup de choses qu'il est hors de notre propos d'explorer mais qui communiquent, par exemple, un sens de l'ordre, de soumissions à des règles juridiques connues et de responsabilité exécutive à l'autorité juridique ». À son niveau le plus élémentaire, la primauté du droit accorde aux citoyens et aux résidents du pays une société stable, prévisible et ordonnée dans laquelle mener leurs affaires. Elle offre aux individus une sauvegarde contre l'action arbitraire de l'État[39].

La responsabilité exécutive à l'égard de l'autorité juridique à laquelle ce passage fait référence est accomplie par un autre postulat constitutionnel — toute autorité exécutive est soumise à la révision judiciaire pour raison de dérogation à la primauté du droit[40].

Bien que la primauté du droit impose une série particulière d'obligations aux avocats du gouvernement et au procureur général à titre de chef de l'administration de la justice (qui inclut, par exemple, l'obligation d'un sous-procureur général de démissionner si un procureur général rejette son avis qu'une ligne de conduite particulière est inconstitutionnelle et le devoir corrélatif des procureurs généraux de démissionner si le Cabinet refuse leur avis sur des questions semblables)[41], sa portée n'est pas et ne devrait pas être limitée aux avocats et aux juges. La doctrine de la primauté du droit impose aux fonctionnaires l'obligation de s'assurer que la primauté du droit est respectée et que les instructions du gouvernement qui sont incompatibles avec elle ne sont pas suivies. Voir l'État administratif sous l'angle de la primauté du droit veut dire, par exemple, qu'il serait illégal pour un fonctionnaire d'exercer une autorité publique purement fondée sur un caprice politique ou le désir de gagner la faveur des autorités politiques ou par des pressions politiques indues[42]. Cela donne

aussi à penser que les fonctionnaires ont l'obligation constitutionnelle de ne pas exécuter d'instructions qui sont elles-mêmes illégales[41]. Mais comment la primauté du droit, dans ce sens, peut-elle être appliquée?

Dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*[42], l'une des rares causes à soulever les implications de la primauté du droit comme norme constitutionnelle sous-jacente dans le contexte de la réglementation de la fonction publique, la Cour fédérale s'est demandé si la loi fédérale de « retour au travail » invalidait une entente négociée qui confirmait le droit des agents de correction de faire grève. L'Alliance de la fonction publique du Canada a soutenu que la loi violait la primauté du droit. La Cour a rejeté cet argument au motif qu'un principe constitutionnel sous-jacent comme la primauté du droit, même s'il peut être établi qu'il a été violé (la Cour s'est abstenue de le conclure) ne peut avoir pour effet d'invalider une loi[43]. Dans *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*[44], toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que des principes constitutionnels sous-jacents, dans ce cas le principe de protection des droits des minorités, pouvaient limiter l'exercice de la discrétion et l'application de l'autorité publique et a renversé effectivement la décision du gouvernement de fermer un hôpital desservant une population francophone minoritaire.

Si la primauté du droit doit jouer un rôle constructif dans la délimitation des frontières entre les sphères politique et bureaucratique, il faudra que ce soit par l'inculcation d'une culture administrative. Les cours, les tribunaux, les vérificateurs généraux et les commissions de la fonction publique sont tous d'importants foyers où ces frontières sont identifiées et tracées, mais c'est ce qui se cache sous la surface qui compte le plus. L'indépendance bureaucratique, en d'autres termes, évolue au gré des valeurs quotidiennes de la fonction publique (et de l'exécutif politique) plutôt que des déclarations occasionnelles, a posteriori, de ceux qui exercent la surveillance[47]. Sans culture de primauté du droit, il est peu probable que la prolifération des règles et des procédures mène

à la responsabilité et à la conformité à une série de frontières institutionnelles.

Pour comprendre comment la primauté du droit peut modeler la relation entre la fonction publique et l'exécutif politique, prenons l'exemple de l'affaire du « budget Magna » en Ontario. Au printemps 2003, le gouvernement conservateur de l'époque a annoncé qu'il allait faire part de son budget annuel, non pas à l'Assemblée législative, mais plutôt dans un studio en circuit fermé improvisé dans une usine de pièces automobiles Magna appartenant à un éminent et généreux sympathisant du Parti progressiste-conservateur (il a plus tard été déposé à la Chambre de la manière habituelle). Une petite crise constitutionnelle a éclaté. Les critiques des médias et de l'Opposition ont décrié l'arrogance de la décision de suspendre le débat législatif sur le budget tandis que le président de la Chambre obtenait un avis juridique selon lequel que la décision violait la convention parlementaire et constitutionnelle[46].

Le « budget Magna » impliquait l'indépendance bureaucratique d'au moins deux façons. D'abord, il appartenait aux avocats constitutionnels du bureau du procureur général d'assurer que le gouvernement ne se lançait pas dans une démarche inconstitutionnelle et ensuite, il appartenait au secrétariat du Cabinet de s'assurer que des fonctionnaires et des ressources publiques n'étaient pas déployés pour des activités partisanes. Pressé de questions, le procureur général n'a ni confirmé ni nié qu'on avait sollicité une opinion des avocats du gouvernement sur l'annonce du budget, mais il a réitéré qu'il serait forcé de démissionner si une opinion avait été sollicitée et qu'elle indiquait que la démarche proposée était inconstitutionnelle. C'était donc par implication négative que le procureur général signalait ou bien qu'aucune opinion n'avait été sollicitée ou que l'opinion sollicitée n'était pas défavorable[47]. Les Libéraux, alors dans l'Opposition, ont demandé au secrétaire du Cabinet d'empêcher que la fonction publique soit entraînée

dans un exercice partisan en prêtant leurs services pour faciliter la divulgation du budget dans l'usine de pièces automobiles[30]. Le secrétaire a plus tard émis un communiqué indiquant « qu'aucun fonctionnaire n'était impliqué dans une activité inappropriée ».

Le « budget Magna » reflète à la fois les possibilités et les limites de l'indépendance bureaucratique. D'une part, il était du ressort du procureur général et du secrétariat du Cabinet d'empêcher que le budget soit dévoilé en dehors de l'Assemblée législative. L'un et l'autre ont été appelés à donner leur imprimatur au projet du gouvernement. D'autre part, les réalités politiques ont fait que leur approbation était quasi jouée d'avance. Ceci, pour au moins trois raisons. Premièrement, déterminer si la ligne de conduite proposée viole la Constitution est le plus souvent un exercice d'analyse de risque plutôt qu'une façon de tirer la sonnette d'alarme. Même si une infraction à la Charte est apparente, il est beaucoup plus difficile de prédire avec certitude comment un tribunal réagira à la preuve en vertu de l'article 1. Tout au plus les avocats du gouvernement peuvent-ils évaluer le risque d'une ligne de conduite par rapport à une autre. Quand un gouvernement enfreint une convention est encore moins certain[31]. Par conséquent, il y aura bien peu d'occasions où un procureur général conseillera au gouvernement de ne pas faire ce qu'il a envie de faire (surtout si le ministre veut rester membre du Cabinet). Deuxièmement, il n'est pas sûr que le secrétaire du Cabinet puisse solliciter une opinion juridique indépendamment du bureau du procureur général. Par conséquent, même si le gouvernement en place et la fonction publique n'ont pas toujours les mêmes intérêts, ils restent liés par les mêmes ambiguïtés par rapport aux opinions juridiques du gouvernement. Troisièmement, il y a peu de moyens, si tant est qu'il y en ait, de régler les différends entre le chef du gouvernement et le chef de la fonction publique, qui est lui-même nommé par le gouvernement (autrement que la démission ou le remplacement du chef de la fonction publique,

qui, dans un cas comme dans l'autre, n'impose nulle responsabilité à l'exécutif politique). Dans une épreuve de force, c'est la fonction publique qui se retrouve le plus souvent perdante.

Les crises constitutionnelles comme l'affaire du « budget Magna » sont rares[37]. Elles ne reflètent que la pointe de l'iceberg des imbroglios entre le politique et le bureaucratique. La plupart des formes de pression politique sur la prise de décision de la fonction publique sont réglées paisiblement, sans l'angoisse d'une crise constitutionnelle, par un coup de fil ou un courriel entre le greffier du Conseil privé et le cabinet d'un ministre ou entre les avocats du procureur général et les ministères sur une base hebdomadaire et parfois quotidienne. Occasionnellement, une fois par mois environ, un ou deux différends montent à la surface et font problème, brièvement, entre un ministre et un sous-ministre ou entre le secrétariat du Cabinet et le Cabinet du Premier ministre. Dans de rares cas, la fuite d'une note de service ou d'un document attire l'attention des médias et peut-être des partis d'opposition. Dans la très grande majorité des cas, peu d'écrits témoignent des tensions que peut provoquer une telle friction et plus rares encore sont les écrits qui indiquent comment la friction a été résolue (c.-à-d. un camp a-t-il courbé l'échine, manqué de cran ou y a-t-il eu compromis?). Il est loin d'être clair que le statu quo donne à la fonction publique la capacité (et la légitimité) de s'acquitter de ses obligations d'assurer le respect de la primauté du droit. Dans le climat actuel, on en est réduit à se demander si une culture d'intimidation n'est pas plus susceptible de l'emporter qu'une culture de la primauté du droit en cas de pression politique sur les fonctionnaires. Une culture de la primauté du droit peut-elle se développer cependant dans des contextes où les fonctionnaires ont un devoir de loyauté d'exécuter les volontés du gouvernement? C'est vers cet aspect de la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique que je me tourne maintenant.

2.2
Le devoir de loyauté

Je soumets que ni la convention d'une fonction publique non partisane ni l'adhésion à la primauté du droit n'est incompatible avec le devoir de loyauté de la fonction publique envers le gouvernement en place. L'aptitude de l'exécutif politique à remplir son mandat politique dépend entièrement de la loyauté et du professionnalisme de la fonction publique. Comme l'a noté la Commission de réforme du droit de l'Ontario, cependant, on ne peut pas comprendre la relation entre la neutralité politique et l'indépendance sans prendre en compte les devoirs de loyauté, de bonne foi et de confidentialité en common law :

> Les devoirs de loyauté, de bonne foi et de confidentialité en common law devraient alors être perçus comme ayant deux rôles essentiels, qui sont l'un et l'autre des manifestations de « l'intérêt public » : assurer la saine administration des diverses divisions du gouvernement et encourager et maintenir le rôle indépendant traditionnel de la fonction publique. Toutefois, il est essentiel de souligner que « l'intérêt public » ainsi servi n'est pas monolithique; il est plutôt le résultat de la délicate mise en équilibre d'intérêts souvent concurrents, celui de l'employé souhaitant exercer ses droits individuels d'expression et d'engagement dans l'activité politique et celui du gouvernement souhaitant maintenir l'existence et l'apparence d'indépendance et d'impartialité de la fonction publique et assurer l'administration efficace de la province[53].

En théorie au moins, les devoirs de loyauté et de neutralité sont des attributs complémentaires. La relation entre les deux a été judicieusement résumée comme suit par sir C. K. Allen :

> On s'attend du fonctionnaire qu'il fasse montre, et sauf de rares exceptions il en fait pleinement montre, de qualités de loyauté et

> de discrétion. Il ne doit pas imposer son opinion à moins d'y être invité, mais au besoin, il doit la donner en toute candeur et en toute honnêteté. Si elle n'est pas acceptée et qu'une politique contraire à son avis est adoptée, il doit faire de son mieux et le fait invariablement pour la mettre en œuvre, même si elle lui déplaît personnellement. Si elle échoue, il doit résister à la tentation bien humaine de dire : « Je vous l'avais dit »; c'est toujours son devoir, dont il s'acquitte encore invariablement, de sauver son ministre du désastre, même s'il croit le désastre mérité[14].

Dans l'arrêt *Fraser*, le juge en chef Dickson écrit que les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité sont associées à la fonction publique et qu'une personne entrant dans la fonction publique est censée comprendre que ces valeurs exigent de la prudence quand il s'agit de critiquer le gouvernement[15]. La connaissance, l'équité, l'intégrité et la loyauté sont les caractéristiques fondamentales qui caractérisent les aspirations de la fonction publique[16]. Le juge en chef Dickson reconnaissait aux fonctionnaires un devoir de loyauté mitigé plutôt qu'absolu[17].

C'est aux tribunaux subséquents qu'il est revenu d'interpréter la nature mitigée de ce devoir pour résoudre le dilemme soulevé par l'arrêt *Fraser* — comment devaient être réglés les différends dans lesquels les idéaux de neutralité et de loyauté se contredisent? D'importance pour notre objet, ces cas concernaient des manquements à la loyauté où des fonctionnaires critiquaient les gouvernements. La jurisprudence de la fonction publique canadienne n'a pas encore traité de manière adéquate la question de loyauté excessive ou de « capture » par le gouvernement en place, est celle en cause dans l'affaire des commandites.

Une série de différends de travail entre les fonctionnaires et le gouvernement a suivi l'arrêt *Fraser*. L'analyse d'un échantillonnage de tels cas montre combien la loyauté et la neutralité sont en fait rarement

des valeurs complémentaires. L'un des cas les plus significatifs a été l'affaire *Haydon c. Canada*[58], qui concernait deux scientifiques ayant fait part à la télévision nationale de leurs soucis à propos de la procédure d'examen des médicaments au Canada. Ils avaient fait de sérieuses allégations, notamment que l'intégrité scientifique de Santé Canada était sapée par l'influence indue de considérations politiques partisanes. Selon les conclusions du gouvernement, les deux scientifiques de Santé Canada avaient manqué à leur devoir de loyauté envers le gouvernement. Le directeur du bureau où travaillaient les deux scientifiques leur a adressé une réprimande écrite, disant : « Votre décision d'exprimer vos plaintes exceptionnelles dans un forum public va à mon avis à l'encontre de vos obligations de fonctionnaire . . . La dénonciation publique de la direction est incompatible avec la relation d'emploi d'un fonctionnaire »[59].

La question à résoudre par la Cour fédérale dans l'affaire *Haydon* était de savoir si le devoir de loyauté violait la liberté d'expression des fonctionnaires et si le sous-ministre délégué de Santé Canada avait agi raisonnablement en rejetant le grief de la réprimande des scientifiques. La juge Tremblay-Lamer a jugé que le devoir de loyauté en common law, tel qu'il est articulé dans *Fraser*, ne violait pas en soi la liberté d'expression garantie par la Charte. Elle a statué :

> Selon moi, ces exceptions [de Fraser] s'appliquent aux questions d'intérêt public. Elles font en sorte que l'obligation de loyauté porte le moins possible atteinte, dans des limites raisonnables, à la liberté d'expression dans la réalisation de l'objectif d'une fonction publique impartiale et efficace. Lorsqu'une question suscite un intérêt public légitime et doit être débattue ouvertement, l'obligation de loyauté ne peut pas interdire toute divulgation par un fonctionnaire. L'obligation de loyauté en common law n'impose pas le silence sans réserve[60].

Madame la juge Tremblay-Lamer a aussi statué que la charge de déterminer si la critique ou la divulgation dans un cas particulier faisait

partie des exceptions au devoir de loyauté reconnues dans *Fraser* incombait au gouvernement souhaitant sanctionner le fonctionnaire. En d'autres termes, en confirmant la réprimande dans *Haydon*, le sous-ministre délégué était censé avoir conclu que les exceptions de *Fraser* ne s'appliquaient pas à la critique faite par les scientifiques de Santé Canada. Ayant ainsi formulé le « critère de l'arrêt *Fraser* », la juge Tremblay-Lamer a conclu que le sous-ministre délégué avait commis une erreur en droit en omettant de considérer l'allégation de pression politique indue faite par les scientifiques qui, selon elle, relevait nettement de la première exception au devoir de loyauté reconnue dans l'arrêt *Fraser*, à savoir la divulgation de politiques mettant en danger la vie, la santé ou la sécurité du public. La juge Tremblay-Lamer a aussi confirmé que les allégations d'ingérence politique devaient être soulevées, en tout premier lieu, par la structure de surveillance interne. C'est un point important à faire valoir, car il donne à penser que si tous les fonctionnaires ont des devoirs constitutionnels hors du champ de la responsabilité ministérielle et peuvent refuser de suivre des instructions lorsqu'elles leur semblent empiéter sur la primauté du droit ou la règle d'une fonction publique non partisane, il pourrait en résulter un chaos. Obliger à soulever les préoccupations à l'interne (sauf circonstances exceptionnelles) veut dire en fait que les questions de frontières seront traitées au niveau du sous-ministre délégué ou du sous-ministre. Ainsi, ni la discipline interne ni la confidentialité ne sont compromises par les devoirs constitutionnels des fonctionnaires.

La mise en équilibre de la loyauté et de la neutralité requiert non seulement des principes de fonctionnement adaptés aux réalités politiques, mais aussi des normes assez souples. Ces normes doivent offrir une protection réelle à ceux qui révèlent des secrets pour sauvegarder l'intérêt public en même temps que contrecarrer toute tentative de fonctionnaires motivés par des raisons partisanes d'empêcher le gouvernement de poursuivre ses intérêts légitimes.

Comme l'a fait observer le juge Cooke dans l'affaire *Alberta Union of Provincial Employees c. Alberta,* le devoir de loyauté existe pour assurer que le gouvernement puisse effectivement viser des buts légitimes en dépit des opinions personnelles de ses fonctionnaires[61]. Si les buts ne sont pas légitimes (par exemple, lorsqu'il y a ingérence politique), il ne peut pas et ne devrait pas être invoqué pour forcer les fonctionnaires à l'obéissance.

Les tribunaux ont résolu les tensions implicites dans les précédents sur le « devoir de loyauté » en insistant sur la recherche de l'équilibre. Qu'il s'agisse de la Charte ou de la common law, la tâche des tribunaux est la même, veiller à ce que les restrictions de la capacité des fonctionnaires de parler de politique et de sujets politiques soient éclairées par les attentes légitimes de loyauté du gouvernement et les attentes légitimes d'impartialité et de vigilance des fonctionnaires du public. Les fonctionnaires, parce qu'ils exercent un important pouvoir discrétionnaire dans l'exécution de l'autorité publique ou l'élaboration et la mise en œuvre de la politique publique, ne peuvent jamais être simplement les « serviteurs » de « maîtres » politiques. Ils doivent toujours garder une distance de bon aloi, au sens littéral et au sens figuré, des intérêts partisans du gouvernement. Dans ce sens, l'emploi à la fonction publique n'est pas comme les autres milieux de travail; le devoir de loyauté chez les fonctionnaires n'est pas comme le devoir de loyauté ordinaire des employés à leurs employeurs.

Le cadre défini dans l'arrêt *Fraser* est un point de départ utile pour cet exercice de mise en équilibre, mais les instances inférieures ayant à juger des différends contradictoires entre des fonctionnaires et le gouvernement ont trop souvent eu tendance à traiter ce cadre comme un « critère ». Au lieu d'une réflexion sérieuse et d'une application souple des principes sous-tendant l'arrêt *Fraser*, les tribunaux se sont contentés d'une analyse étroite pour déterminer si l'activité contestée dans une cause donnée entre dans l'une des catégories exceptionnelles reconnues

dans l'arrêt *Fraser*. Cette façon de procéder laisse sans réponse la question de savoir comment une cour réagira à un fonctionnaire qui omet de tirer la sonnette d'alarme quand se posent des problèmes de primauté du droit ou de neutralité — autrement dit, l'arrêt *Fraser* permet-il aux fonctionnaires de critiquer publiquement le gouvernement (ou de refuser d'exécuter un ordre du gouvernement) là où il est justifié de le faire ou les oblige-t-il à le faire lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen d'exposer l'activité abusive? Cette lacune de la jurisprudence sur le devoir de loyauté met l'accent sur la nécessité d'une commission indépendante de la fonction publique qui traiterait des questions de loyauté, d'éthique et d'ingérence politique (cette proposition est esquissée plus bas).

À la lumière de l'analyse qui précède, le contenu de l'indépendance bureaucratique doit inclure, au minimum, les conditions, les structures, les garanties ou les protections nécessaires pour assurer la neutralité politique de la fonction publique, l'adhésion à la primauté du droit et le respect du devoir de loyauté. Bruce Ackerman a soutenu qu'une nouvelle doctrine de séparation des pouvoirs pour le XXIe siècle doit prendre comme point de départ les réalités de l'État administratif et voir comment une constitution moderne « devrait être conçue pour protéger certaines structures bureaucratiques fondamentales contre l'intervention ponctuelle des politiciens ». Le premier rempart contre la politisation reste le principe d'embauche et de promotion au mérite au sein de la fonction publique[67]. L'intégrité de la fonction publique, toutefois, ne peut se borner aux relations de travail; elle doit s'étendre à l'interaction quotidienne de l'exécutif politique et de la fonction publique. Dans ce cadre, il doit y avoir un principe équivalent au « mérite » en jeu.

En définitive, cependant, la meilleure garantie contre l'ingérence politique n'est pas de caractère objectif; elle émane plutôt de la volonté politique. L'intervention judiciaire dans les disputes très médiatisées ne changera probablement pas une culture qui voit la nomination

d'amis et de partisans aux échelons supérieurs de la fonction publique comme un instrument de mise en œuvre de la politique. Les principes constitutionnels ne peuvent être entièrement laissés aux mains de l'exécutif politique ou de la fonction publique pour en faire ce qu'ils veulent. Les tribunaux ont un rôle à jouer dans le règlement des différends et l'élaboration des frontières. Il ne faut pas non plus déduire du fait que la relation entre les organes de l'exécutif fait appel à des principes constitutionnels que sa définition doit être entièrement laissée aux avocats. L'indépendance bureaucratique implique des normes de loi constitutionnelle et administrative, le processus politique et l'administration publique. Seules des mesures qui se répercutent sur toutes ces sphères seront efficaces.

3 L'évaluation et l'élaboration de frontières

L'analyse conclut en récapitulant les forces et les faiblesses possibles de l'accroissement de l'indépendance des fonctionnaires. Cela requiert, comme je l'ai indiqué plus tôt, la mise en équilibre de la valeur d'indépendance et d'autres valeurs importantes comme la responsabilité et les attentes légitimes de loyauté et de professionnalisme des gouvernements élus. Il y a un rôle pour plusieurs institutions dans ce processus, dont le vérificateur général, les enquêtes publiques, les tribunaux et les décideurs. Je ne m'attarderai pas à la création de nouvelles institutions comme le modèle de l'agent comptable (traité dans le document du professeur Franks) ni au réexamen d'institutions existantes comme le rôle de la responsabilité ministérielle, des sous-ministres ou du greffier du Conseil privé, aussi abordés dans d'autres documents. Je me concentrerai plutôt sur un éventail d'institutions et de mécanismes qui pourraient influer sur la relation quotidienne entre les fonctionnaires et les ministres et qui pourraient conduire à des changements dans la culture des deux sphères de l'exécutif.

3.1
Le rôle de la révision judiciaire

Il n'est ni pratique ni souhaitable que les fonctionnaires aient à amorcer une révision judiciaire pour mettre en doute ou contester les actes du gouvernement. Toutefois, le développement de l'indépendance bureaucratique comme norme constitutionnelle est dû en bonne partie à la jurisprudence de la Cour suprême dans des affaires comme *Fraser*. La révision judiciaire remplit au moins trois rôles importants :

- elle confirme et clarifie la portée de la convention sur la neutralité politique et de la primauté du droit;
- elle interprète les textes constitutionnels et légaux, et l'application des garanties de liberté d'expression et d'égalité de la Charte à la fonction publique et aux lois de la fonction publique; et
- elle élabore et diffuse les normes de common law applicables aux fonctionnaires comme le devoir de loyauté.

Il y a cependant de sérieuses limitations à l'efficacité de la révision judiciaire pour maintenir la frontière entre les sphères politique et bureaucratique. Premièrement, la révision judiciaire ne survient qu'après les événements en question, souvent plusieurs années après. Deuxièmement, la preuve sur laquelle repose la décision peut être assez limitée, à cause des privilèges du Cabinet et du privilège du secret professionnel de l'avocat. Troisièmement, la révision judiciaire est une procédure trop lourde et trop coûteuse pour traiter un grand nombre de cas. Les questions de représentation par avocat et de frais peuvent aussi compromettre l'accès à la révision judiciaire.

Enfin et surtout, il n'est pas clair que les fonctionnaires auraient le droit d'intenter une poursuite dans une affaire d'ingérence politique ou de conduite politique abusive. Serait-ce une action publique en recours déclaratoire? Pourrait-elle jeter les bases d'une réclamation de

dommages-intérêts? En supposant que c'est une révision judiciaire au sens de la loi administrative, encore une fois le recours n'est pas clair — serait-ce une déclaration d'invalidité ou l'annulation d'une décision? Un manquement à la « déclaration de valeurs » pourrait-il être déféré à un tribunal?

La révision judiciaire a surtout joué un rôle dans la relation de l'exécutif politique et de la fonction publique jusqu'ici dans des différends de travail (d'ordinaire dans des cas de griefs à la suite de sanctions ministérielles). Ce n'est pas le cadre idéal pour l'interprétation des devoirs constitutionnels des fonctionnaires. Un organisme spécialisé investi d'un mandat de surveillance plus générale des activités quotidiennes des fonctionnaires serait préférable pour interpréter en tout premier lieu les obligations des fonctionnaires.

3.2
Le rôle du vérificateur général

Contrairement aux tribunaux, qui doivent attendre passivement que les causes soient portées devant eux, le vérificateur général du Canada et les vérificateurs généraux des provinces sont une source importante de reddition active de comptes des activités du gouvernement. Cette surveillance s'étend à la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique. Comme le vérificateur général est un agent du Parlement et agit de façon indépendante de l'exécutif, il est bien placé pour surveiller la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique dans des programmes particuliers, les ministères ou des divisions.

Le vérificateur général, cependant, ne peut faire respecter les frontières juridiques qui encadrent l'action de la fonction publique — il n'a que le pouvoir de faire rapport au Parlement (qui peut lui-même être manipulé au gré du calendrier des séances parlementaires). De plus, si le vérificateur général peut découvrir des manquements aux règles et un mépris des

procédures, comme dans le cas du Programme de commandites, son mandat ne l'autorise pas à explorer les causes de tels problèmes.

3.3
Le rôle des comités parlementaires

Le Parlement est l'un des rares organismes en dehors des tribunaux qui aient la légitimité nécessaire pour réclamer des comptes des ministres du Cabinet et conférer de la légitimité à l'indépendance bureaucratique. Les comités parlementaires peuvent à leur tour amener à la fois les hauts fonctionnaires et les ministres à répondre davantage de leurs actes. La première enquête sur l'affaire des commandites à la suite du rapport de 2003 de la vérificatrice générale a été instituée par un comité parlementaire en 2004 et a révélé les limites du système actuel de comités parlementaires. Les comités ont extraordinairement peu de ressources dans lesquelles puiser pour mener des enquêtes efficaces et ils sont inhibés par la partisanerie. Quelques commissions et révisions ont déjà réclamé un système plus robuste de comités parlementaires et une plus grande capacité du Parlement de forcer le gouvernement en place à rendre compte de ses actes, mais les progrès ont été lents et minces au mieux[63].

Dans son dixième rapport, le Comité des comptes publics a formulé une série de recommandations exceptionnellement activistes qui, encore plus exceptionnellement, ont reçu l'appui multi-partisan du comité. Le rapport recommandait entre autres que le Canada adopte un modèle d'agent comptable semblable à celui du Royaume-Uni, en vertu duquel les sous-ministres sont directement et personnellement responsables devant le Parlement de l'organisation générale, de la politique de gestion et d'emploi du ministère et des procédures financières[64]. La réponse du gouvernement au dixième rapport a rejeté le modèle de l'agent comptable et ajouté ce qui suit :

> Le rapport donne l'impression générale qu'il y a de l'ambiguïté dans le système actuel; cependant, il n'y a pas d'ambiguïté quant à l'imputation de responsabilité — les ministres sont responsables devant le Parlement de l'ensemble de l'administration et de la direction de leur ministère, qu'il s'agisse de politique ou d'administration et qu'il s'agisse de mesures prises par les ministres personnellement ou par des fonctionnaires non élus sous leur autorité ou de pouvoirs dont ils sont investis directement.
>
> Il n'y a pas non plus d'ambiguïté dans les responsabilités des sous-ministres. Les sous-ministres sont responsables envers leur ministre (et finalement, par l'intermédiaire du greffier du Conseil privé, envers le Premier ministre) de l'exercice de leurs responsabilités, telles qu'elles sont définies par la loi ou les politiques de gestion approuvées par le Conseil du Trésor. Même quand les hauts fonctionnaires soutiennent la responsabilité de leur ministre en donnant publiquement de l'information, comme lorsqu'ils comparaissent devant les comités parlementaires, ils le font au nom de leur ministre. Ces agents sont responsables devant le Parlement en ce qu'ils ont l'obligation d'informer et d'expliquer. Ils n'ont pas de responsabilité directe envers le Parlement et ne peuvent adopter une ligne de conduite (qui nécessiterait une décision des ministres) ni être soumis aux conséquences personnelles que les parlementaires peuvent infliger.

Comme je l'ai indiqué plus haut, je suis en désaccord avec la caractérisation de la responsabilité de la fonction publique comme étant entièrement subsumée dans la responsabilité ministérielle. D'après mon analyse, il n'y a pas d'obstacles constitutionnels qui empêchent les sous-ministres d'être directement responsables envers le Parlement par l'intermédiaire du système des comités. De plus, certains principes constitutionnels suggèrent qu'une telle responsabilité peut être souhaitable. Il y a deux principes tels que j'ai soulignés (responsabilité

du maintien d'une fonction publique non partisane et responsabilité de l'adhésion à la primauté du droit). Dans ces deux cas, si les sous-ministres (et, en définitive, le greffier du Conseil privé) sont appelés devant les comités parlementaires pour rendre compte de la conduite des fonctionnaires (et de leur propre conduite), ils s'adressent au Parlement en tant que direction de la fonction publique, un « organe (distinct) du gouvernement » d'une voix indépendante de leur ministre.

3.4
Le rôle des enquêtes publiques

Ceci peut être le point le plus prévisible soulevé dans le présent document (vu l'attention qu'a prêtée cette Commission à la question de l'ingérence politique et de la fragilité de la fonction publique non partisane), mais il est important de ne pas perdre de vue le rôle des enquêtes publiques dans l'exploration, l'élaboration et le développement de frontières juridiques entre les fonctionnaires et l'exécutif politique.

Bien que les enquêtes ne puissent faire de conclusions de droit et soient distinctes des tribunaux dans ce sens, elles peuvent offrir des analyses des politiques, des pratiques, des institutions et des procédures dans leur rôle d'information et de recommandation. Dans ce sens, elles peuvent aller plus loin que les tribunaux et servir de catalyseur de changement et de réforme. En plus de l'enquête sur les commandites, l'enquête Arar et l'enquête Ipperwash, qui sont en cours, examinent entre autres des allégations d'ingérence politique ou de manque d'impartialité dans les décisions de fonctionnaires.

3.5
Le rôle des commissions de la fonction publique

Bien que les cours de justice jouent nettement un rôle crucial dans l'établissement et l'élaboration de frontières entre les sphères du pouvoir politique et de la fonction publique, elles ne sont pas les

institutions idéales pour traiter de la surveillance ou du raffinement de ces frontières. Ceci peut mieux convenir à la souplesse et à l'expertise d'une commission ou d'un tribunal. La plupart des administrations canadiennes disposent de commissions de la fonction publique d'un type ou l'autre, mais leur mandat ne va pas jusqu'à régir la relation entre les ministres et les fonctionnaires.

Dans le cadre de la modernisation de la gouvernance de la fonction publique fédérale, la Commission canadienne de la fonction publique deviendra en décembre 2005 une institution indépendante qui fait rapport au Parlement. L'article 23 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, qui entrera en vigueur à la fin de 2005, prévoit que les rapports de la Commission seront déposés au Parlement :

1) Dans les meilleurs délais suivant la fin de l'exercice, la Commission établit et transmet au ministre désigné par le gouverneur en conseil pour l'application du présent article un rapport — pour l'exercice — sur les questions qui relèvent d'elle.

2) Ce ministre fait déposer le rapport devant chaque chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.

3) La Commission peut, à toute époque de l'année, présenter au Parlement un rapport spécial sur toute question relevant de ses attributions et dont l'urgence ou l'importance sont telles, selon elle, qu'il serait contre-indiqué d'en différer le compte rendu jusqu'à l'époque du rapport annuel suivant.

Ce qui renforcera davantage l'indépendance de la Commission de la fonction publique, c'est que le Parlement approuvera la nomination du président de la Commission et que le président restera en fonction pour un mandat fixe de sept ans.

La protection de l'impartialité politique de la fonction publique est l'une des missions de base de la Commission en vertu de sa nouvelle loi constituante. La Commission de la fonction publique a de multiples mandats, qui comprennent l'élaboration de la politique, le pouvoir d'enquête, de vérification, de juger des plaintes et de prendre des mesures correctives (dont ordonner la révocation d'emploi d'un fonctionnaire)[65].

Toutefois, la portée des pouvoirs de la Commission concernant l'impartialité de la fonction publique est limitée d'au moins deux façons. D'abord, la Commission ne se préoccupe que d'activités politiques étroitement reliées à un parti. Cela embrasserait les activités des fonctionnaires pour promouvoir les intérêts du Parti libéral du Canada, comme on en a vu dans le Programme des commandites, mais non pas les activités destinées à promouvoir une cause particulière (par exemple, le séparatisme au Québec) mais non reliées à un parti en particulier. Ensuite, le rôle de la Commission à l'égard des activités politiques se rapporte surtout à la surveillance des fonctionnaires qui veulent se porter candidats ou participer à des campagnes politiques. La Commission n'est pas conçue pour surveiller et prévenir l'ingérence politique sur une base quotidienne (la seule exception est en matière d'emploi où la Commission joue un rôle clé pour assurer que les décisions d'emploi ne sont soumises à aucune influence partisane). On peut aussi s'interroger sur la suffisance des ressources de la Commission et sa capacité d'obtenir les ressources dont elle aurait besoin si elle cherchait à élargir son mandat. À cet égard, il peut être souhaitable de clarifier l'un des plus importants pouvoirs de la Commission, qui est d'agir comme commission d'enquête avec tous les pouvoirs nécessaires en vertu de la *Loi sur les enquêtes*[66].

Une autre limite possible de l'indépendance de la Commission, c'est sa dépendance à l'égard des avocats du ministère de la Justice pour obtenir ses opinions juridiques. Encore une fois, comme dans le cas des conseils juridiques indépendants au greffier du Conseil privé sur les questions

touchant les devoirs constitutionnels des fonctionnaires, la Commission peut devoir adopter une position contraire à celle du gouvernement en place (c'est particulièrement le cas lorsque la Commission intervient devant le tribunal administratif qui a compétence sur les différends de travail avec les fonctionnaires.)

Cela soulève un grand dilemme — qui a le dernier mot sur la nature et l'étendue des devoirs de la fonction publique en vertu de la Constitution? Le procureur général doit avoir le dernier mot pour le gouvernement sur les questions d'ordre constitutionnel (et doit démissionner si le Cabinet rejette son avis). S'il n'appartient pas au procureur général de parler pour la Commission de la fonction publique (ou le greffier du Conseil privé), quel point de vue l'emporte s'il y a conflit entre la position constitutionnelle de l'exécutif politique et la position de la fonction publique (et s'il y a conflit entre le greffier du Conseil privé et le président de la Commission à cet égard)? La résolution de ce dilemme a en partie rapport aux réformes du mandat du greffier du Conseil privé et aux mesures de protection contre les nominations politiques à cette position[7]. Puisque le rôle du greffier est de représenter la fonction publique auprès du gouvernement, j'estime qu'il ne peut être aussi de représenter le gouvernement auprès de la fonction publique. Ce conflit potentiel entre les voix articulant les frontières constitutionnelles et juridiques entre la sphère politique et celle de la fonction publique se compliquera davantage encore quand la nouvelle loi sur la protection des dénonciateurs sera promulguée, créant un nouvel organisme avec compétence sur l'interface entre les sphères politique et bureaucratique.

Ce dilemme touche à l'essentiel des propositions du présent document — premièrement, que la fonction publique a des obligations et des responsabilités constitutionnelles indépendantes pour lesquelles la responsabilité ministérielle ne convient pas (car ces obligations se rapportent directement à des contrôles du pouvoir ministériel) et

deuxièmement, qu'à la lumière de la nature indépendante de ces obligations, elles doivent être soumises à une surveillance indépendante, dont est investi un organisme hors de l'autorité du gouvernement. En attendant de résoudre ce point critique d'ordre constitutionnel, il peut être prudent de prévoir simplement un pouvoir de renvoi à la Cour fédérale en cas de conflit.

Quelle que soit son autorité sur la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique, la Commission de la fonction publique devrait avoir pour premier rôle de définir les normes auxquelles les fonctionnaires doivent se conformer. Ces normes, comme je l'ai indiqué plus tôt par rapport à l'arrêt *Fraser*, se trouvent dans une certaine mesure dans les précédents, mais plus spécifiquement dans la loi et les directives. Ce sont les autres sources de telles normes que j'aborde maintenant.

3.6
Les codes de la fonction publique et le rôle de la « loi douce »

La question de savoir qui a la charge de veiller sur la relation entre le politique et la fonction publique concorde avec la question de la source des normes et frontières qui régissent cette relation. J'ai mentionné que les normes et principes constitutionnels constituent une source importante et trop souvent négligée de ces normes et frontières. Le besoin de clarté et de cohérence commande cependant de codifier ces normes et frontières. C'est la fonction et l'objet des codes et des déclarations d'éthique et de valeurs de la fonction publique.

Les codes de la fonction publique peuvent être de nature législative[65], mais ils peuvent aussi se présenter sous forme de codes, de directives et de déclarations de valeurs d'ordre non législatif. Les directives et les codes sont d'une espèce qu'on appelle parfois des « quasi-lois »[66] ou des « lois douces »[67]. La distinction entre les instruments législatifs et non législatifs est importante, car les codes législatifs sont jugés

« exécutoires » et applicables tandis que les codes et directives, établis par et pour l'exécutif, sont « non exécutoires. »

Les codes d'éthique et les directives politiques varient selon différents cadres politiques et bureaucratiques. Quoiqu'ils ne soient pas exécutoires, ces codes constituent un guide important et peuvent influencer la philosophie et la culture administrative de la fonction publique. Par exemple, comme la responsabilité ministérielle est un principe constitutionnel non écrit, elle peut être sujette à diverses interprétations. La directive du bureau du Conseil privé intitulée *Gouverner de façon responsable : Le Guide du ministre et du ministre d'État* engage le gouvernement à une interprétation particulière (même si elle est inapplicable devant les tribunaux)[71]. Ces instruments sont parfois élaborés en réponse à des pressions externes et parfois par initiative interne. D'autres cadres bureaucratiques n'ont ni code d'éthique ni directives politiques. Cette évolution *ad hoc* des codes et directives remet en question leur aptitude à assurer la responsabilité, la cohérence et l'équité de la gouvernance de l'administration publique[72].

Les codes d'éthique régissent généralement la conduite des titulaires de charge publique dans les cas de conflit d'intérêts d'ordre pécuniaire ou associatif et déterminent les circonstances dans lesquelles un fonctionnaire doit divulguer certains renseignements ou prendre certaines mesures correctives pour éviter un conflit d'intérêt[73]. Par exemple, le Code de la fonction publique du Royaume-Uni inclut les dispositions suivantes :

1) Le rôle constitutionnel et pratique de la fonction publique est d'aider, avec intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité, le gouvernement dûment constitué du Royaume-Uni, l'Exécutif écossais ou l'Assemblée nationale du Pays de Galles constitués en conformité des lois sur l'Écosse et le gouvernement du Pays de Galles de 1998, quelle que soit leur composition politique, à formuler leurs politiques, à exécuter leurs décisions et à administrer la fonction publique dont ils sont responsables.

2) Les fonctionnaires sont au service de la Couronne. Constitutionnellement, toutes les administrations font partie de la Couronne et, sous réserve des dispositions de ce code, les fonctionnaires doivent loyauté à l'administration qu'ils servent.

3) Ce code doit être vu dans le contexte des devoirs et responsabilités définis pour les ministres du Royaume-Uni dans le Code ministériel or dans les documents équivalents rédigés pour les ministres de l'Exécutif écossais ou l'Assemblée nationale du Pays de Galles, qui incluent :

- la responsabilité devant le Parlement ou, pour les secrétaires de l'Assemblée, devant l'Assemblée nationale;
- l'obligation de fournir au Parlement ou à l'Assemblée et au public le plus d'information possible sur leurs politiques, leurs décisions et leurs actes, et de ne pas sciemment les tromper ou les induire en erreur;
- l'obligation de ne pas utiliser de ressources publiques pour les fins d'un parti politique, de préserver l'impartialité politique de la fonction publique et de ne pas demander aux fonctionnaires d'agir d'une façon qui enfreindrait le Code de la fonction publique;
- l'obligation de considérer équitablement et avec l'importance qu'ils méritent les conseils éclairés et impartiaux des fonctionnaires, de même que d'autres considérations et avis, avant de prendre des décisions; et
- l'obligation d'obéir à la loi, y compris la loi internationale et les obligations des traités, et de maintenir l'administration de la justice.

11) Lorsque un ou une fonctionnaire se croit tenu ou tenue d'agir d'une façon qui :

- est illégale, inappropriée ou immorale;

- enfreint une convention constitutionnelle ou un code professionnel;
- peut engendrer une mauvaise administration; ou
- est autrement incompatible avec ce code;

il ou elle doit signaler l'affaire en conformité des procédures établies par les guides ou règles de conduite de son ministère ou de son administration. Un fonctionnaire doit aussi faire part aux autorités compétentes de tout signe d'activité criminelle ou illégale par d'autres et peut aussi faire rapport en accord avec les procédures pertinentes d'autres infractions à ce code dont il ou elle a connaissance ou si on lui demande d'agir d'une façon qui lui pose un vrai problème de conscience.

12) Lorsqu'un ou une fonctionnaire a fait part d'une affaire visée par le paragraphe 11 en accord avec les procédures pertinentes et croit que la réponse ne représente pas une réponse raisonnable à ses motifs d'inquiétude, il ou elle peut faire part de l'affaire par écrit au Bureau des commissaires de la fonction publique . . .

Au Canada, en revanche, la fonction publique est régie par un *Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique*, qui inclut, en plus d'une déclaration de valeurs et d'éthique pour la fonction publique, des directives sur les conflits d'intérêt, des directives sur les restrictions quant à l'après-mandat et une section intitulée « Pistes de solution ». Cette section indique ce qui suit :

> Tout fonctionnaire peut soulever, discuter et tenter d'éclairer les questions qui le préoccupent concernant le Code avec son gestionnaire ou le cadre supérieur désigné à cette fin par l'administrateur général, en vertu des dispositions du présent Code et selon les procédures et modalités mises en place par ce dernier.
>
> Tout fonctionnaire qui est témoin ou qui possède de l'information concernant un acte fautif au travail peut le soumettre en confiance

> et sans crainte de représailles à l'agent supérieur désigné à cette fin par l'administrateur général, en vertu des dispositions de la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail*.
>
> S'il estime qu'il lui est demandé d'agir de manière incompatible avec le chapitre 1 du présent Code, tout fonctionnaire peut, afin de trouver une solution, soumettre le problème, en toute confiance et sans crainte de représailles, à l'agent supérieur tel que décrit ci-dessus.
>
> Si le problème n'a pas été examiné comme il se doit à ce niveau hiérarchique, ou si le fonctionnaire estime que la dérogation au Code ne peut être divulguée en confiance dans son ministère, le problème peut être renvoyé, en toute confiance, à l'agent de l'intégrité de la fonction publique, en conformité avec la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail*.
>
> Selon toute probabilité, la majeure partie des problèmes découlant de l'application du présent Code pourront être résolus au niveau de l'organisation concernée[74].

Ce code pourrait être sérieusement renforcé à au moins deux égards : d'abord, le Code devrait établir clairement que l'ingérence politique dans l'impartialité de la prise de décision de la fonction publique est inacceptable et ensuite le Code devrait imposer des contraintes expresses aux activités du personnel ministériel exempt.

Même si les « lois douces » tombent dans une catégorie « non exécutoire », la forme et le contenu de ces codes envoient des signaux de grandeur inégale à ceux qu'ils affectent. Le Code de la fonction publique du Royaume-Uni, parce qu'il est législatif et qu'il invite expressément les fonctionnaires à dénoncer l'ingérence politique ou

les cas d'instructions qui sont inappropriées, illégales ou immorales ou qui peuvent conduire à la « mauvaise administration », envoie sans doute un message plus fort que le *Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique* du Canada. Mieux encore, le fonctionnaire britannique qui est insatisfait de la réponse de son ministère peut soumettre l'affaire à la Commission de la fonction publique, recours que n'offre pas le Code canadien[75]. Il est cependant révélateur que l'introduction du Code, acclamée comme la « révolution culturelle de Whitehall »[76], a produit remarquablement peu de changement. Seulement six plaintes ont été adressées aux commissaires de la fonction publique depuis sept ans que le Code est en vigueur et, selon le chef de la Commission de la fonction publique du Royaume-Uni, « le *Code* ne s'est pas infiltré dans la culture — il n'a pas changé la façon dont les gens se conduisent ou réagissent »[77]. C'est un avertissement important. Un important aspect du rapport de la phase I de la Commission d'enquête sur le Programme de commandites, en rendant hommage aux idéaux qui animent généralement la fonction publique, révélait les conséquences troublantes d'une culture perméable à l'ingérence politique.

Il faudrait à mon avis donner une forme législative aux codes de la fonction publique pour marquer la gravité des questions qu'ils traitent et établir l'imprimatur du Parlement sur leurs dispositions (à cet égard, il est important qu'un tel code soit approuvé par tous les partis au Parlement, si possible).

3.7
Le Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé

Les deux organismes gouvernementaux qui ont pour mandat de couvrir la relation entre les sphères de la fonction publique et de la politique sont le Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé (BCP) dirigé par le greffier du Conseil privé. Ces deux ministères ont joué un rôle clé dans le Programme des commandites[78].

J'ai déjà parlé en plusieurs occasions dans le présent document de l'importance du greffier du Conseil privé. À titre de représentant de la fonction publique auprès du gouvernement en place, le greffier joue un rôle clé dans la défense des frontières entre la fonction publique et l'exécutif politique. Le rôle du greffier dans la reconnaissance de la responsabilité du Premier ministre à l'égard du Programme de commandites est décrit dans le rapport de la phase I de l'enquête[79]. Mme Bourgon, ancien greffier du Conseil privé, a plusieurs fois prévenu le Premier ministre du danger d'assumer la responsabilité personnelle du fonds des commandites. Je crois cependant que si les recommandations que j'ai faites étaient adoptées, le greffier du Conseil privé devrait aller plus loin et s'assurer que le fonds des commandites n'est pas géré hors de la primauté du droit avant de permettre que des ressources et le personnel de la fonction publique soient déployés à l'appui de sa gestion.

En plus de son rôle de sauvegarde de l'intégrité de la fonction publique, le BCP est particulièrement important comme source d'information et de conseils pour les ministres. Je crois qu'il pourrait aussi jouer un rôle de premier plan dans l'élaboration de normes et de directives applicables au personnel politique (surtout, comme il est recommandé dans le présent document, s'il n'est plus exempt des normes de conduite publiques et applicables).

Le Conseil du Trésor, à titre d'employeur nominal de la fonction publique, joue clairement un rôle crucial dans la clarification et la reconnaissance des devoirs constitutionnels des fonctionnaires. Le Conseil du Trésor établit les normes, les politiques et les pratiques qui régissent la conduite de la fonction publique, eu égard particulièrement à la surveillance des activités financières. Sur la foi des témoignages entendus à la Commission d'enquête sur le Programme de commandites, le commissaire a conclu : « La Commission reste avec l'impression que le Conseil du Trésor ne considère plus sa fonction de surveillance comme une partie importante de ses responsabilités »[80].

Le Conseil du Trésor a été le premier foyer de réforme à la suite du rapport de 2003 de la vérificatrice générale. La réforme a inclus plusieurs initiatives visant à resserrer les exigences de rapport et de reddition de comptes pour les gestionnaires des ministères[1]. À l'occasion d'un récent témoignage devant le Comité des comptes publics, le ministre responsable du Conseil du Trésor, l'honorable Reg Alcock, a résumé cette activité dans les termes suivants :

> Le Premier ministre actuel est entré en fonction avec une série très claire d'objectifs au moment de la transition, dont l'un était de renforcer le rôle du Conseil du Trésor comme agence centrale de gestion du gouvernement et de lui faire augmenter ses capacités de surveillance internes. En même temps, j'avais instruction directement du Premier ministre de rétablir la position de contrôleur général. Au lieu de passer en revue l'ensemble de cette activité cependant, je veux établir une chose dès le départ : le changement dans la gestion, le changement dans toute grande organisation, est un processus par opposition à une série d'une ou deux grandes décisions.
>
> J'ai pris, au cours des 18 ou 19 derniers mois, une série de près de, je crois, 158 décisions distinctes qui affectent la gestion du gouvernement. Ces décisions ont été prises par moi et mes collègues du BCP et des services gouvernementaux et elles ont résisté au cours normal de présentation d'un grand plan, d'un grand dessein, parce que j'estimais que nous serions mieux servis, que les citoyens seraient bien mieux servis et que la fonction publique serait bien mieux servie en abordant les problèmes un à un, en procédant par étapes pour améliorer le système.
>
> Vendredi, j'ai fait plusieurs autres annonces à propos du programme de gestion et d'audit interne, un domaine que j'avais signalé plus tôt et auquel j'avais travaillé dans le rapport de la Couronne. J'avais annoncé il y a près d'un an mon intention de passer à une forme

> nouvelle, plus vigoureuse d'audit interne. J'ai pu annoncer vendredi l'achèvement de cette politique, qui a été adoptée par le Conseil du Trésor et qui fait maintenant partie de la structure de gestion interne du gouvernement. Nous avons d'autre travail à faire chez les agents supérieurs des finances et le contrôleur général y travaille maintenant[87].

Les réponses du Conseil du Trésor sur le renforcement de la surveillance débordent le sujet du présent document, mais dans la mesure où cet examen a porté sur la responsabilité des ministres et des hauts fonctionnaires, comme je l'ai fait observer dans l'introduction plus haut, l'optique du Conseil du Trésor est, à mon avis, excessivement étroite et ne tient pas compte des devoirs constitutionnels de la fonction publique.

3.8
Le rôle de la formation et de l'éducation

La formation et l'éducation sont nettement les pierres angulaires de l'édification d'une culture administrative nouvelle et vigoureuse dans laquelle figurent bien en évidence les frontières entre la sphère politique et la fonction publique et l'engagement de la fonction publique à préserver la primauté du droit.

Dans le cadre d'une étude sur l'indépendance de la bureaucratie, j'ai interviewé nombre de directeurs, de sous-ministres adjoints et de sous-ministres sur la façon dont les fonctionnaires nouvellement embauchés apprenaient les frontières entre la fonction publique, le personnel politique et les ministres. La plupart des réponses indiquent que l'apprentissage se fait « par osmose », « par mentor » et « par l'exemple », et qu'il n'y a pratiquement pas d'instruction formelle ni de formation d'aucune sorte qui traitent ces questions. Cette situation doit changer.

Un code révisé de la fonction publique et une commission renforcée de la fonction publique pourraient et devraient être des catalyseurs de

formation (formelle et informelle) visant à répandre de l'information sur les frontières entre l'exécutif politique et la fonction publique.

4 Conclusions

Dans le présent document, j'ai tenté de démontrer que des frontières constitutionnelles et légales existent et font partie du fondement du modèle Westminster de démocratie parlementaire. De plus, j'ai souligné que ces frontières sont dynamiques et des « lignes dans le sable » déterminées par le contexte. Même si ces frontières sont d'origine constitutionnelle, j'ai fait valoir qu'elles doivent être développées par l'interprétation des commissions et des codes de la fonction publique, non pas simplement par l'interprétation que font les juges des conventions constitutionnelles et des principes de common law. Pour que de véritables changements se produisent, il faut consentir un effort intégré et concerté pour réorienter la culture de la fonction publique. Une telle initiative ne peut cependant pas se borner à la fonction publique. C'est la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique qui doit évoluer, et le faire sur la base du respect mutuel et d'un engagement commun envers la primauté du droit, la convention d'une fonction publique non partisane et la responsabilité de l'exercice de l'autorité publique.

Dans le présent document, j'ai suggéré la base de recommandations modestes, qui incluent :

- *la reconnaissance par le gouvernement des devoirs constitutionnels indépendants de la fonction publique et, en pratique, de la responsabilité des sous-ministres et du greffier du Conseil privé à l'égard de l'intégrité de la fonction publique (des documents distincts de recherche pour la Commission d'enquête explorent le rôle des sous-ministres et du greffier plus en détail);*

- *la révision du Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique en un code législatif, qui incluerait une définition de la responsabilité des fonctionnaires de rester non partisans et de résister à l'ingérence politique.*

Le Code donnerait effectivement une expression légale à la convention constitutionnelle d'une fonction publique non partisane. Un tel code pourrait clarifier la double obligation de loyauté des fonctionnaires envers la Couronne et le gouvernement en place. Le Code établirait aussi expressément le rôle et les responsabilités des fonctionnaires par rapport au personnel politique (aujourd'hui appelé le personnel exonéré). Les différends sur l'interprétation du Code et sur les allégations d'infraction au Code seraient soumis en tout premier lieu à la Commission. Celle-ci prendrait aussi l'initiative d'examens et d'enquêtes sur les questions qui ont trait à l'intégrité de la fonction publique.

- *Le rôle du Parlement par rapport à la responsabilité de la fonction publique devrait être clarifié et renforcé. La restructuration de la Commission de la fonction publique, qui en fait une agence du Parlement, est une réforme positive, comme le serait l'adoption du modèle de l'agent comptable recommandée par le Dixième rapport du Comité des comptes publics. Que ce modèle soit adopté ou non, j'ai suggéré que le leadership de la fonction publique (le greffier du Conseil privé, le président de la Commission, etc.) reste responsable des décisions qui touchent les activités non partisanes de la fonction publique et des décisions qui ont trait à la conformité à la primauté du droit. Ce sont des questions qui sont forcément en dehors du champ et de la compétence de la responsabilité ministérielle. De plus, cette relation de responsabilité ne sape en aucune façon la responsabilité ministérielle des questions de politique et la prise de décision politique du gouvernement, pas plus qu'elle ne compromet le devoir de loyauté des fonctionnaires envers le gouvernement.*

Pour parler franchement, je ne crois pas que le renforcement de la Commission de la fonction publique ni un code législatif de la fonction publique auraient nécessairement empêché l'affaire des commandites de se produire, ni qu'un greffier du Conseil privé ou des comités parlementaires plus robustes auraient pu éviter le scandale. La Commission d'enquête sur le Programme de commandites résultant de ce scandale, cependant, offre maintenant un catalyseur pour corriger les problèmes structuraux à cause desquels en partie des fonctionnaires clés et l'exécutif politique n'ont pas compris ni respecté les frontières légales et constitutionnelles qui délimitent leurs obligations et leurs

responsabilités. Si nous voulons effectivement corriger ces problèmes, nous devons adopter des stratégies susceptibles de transformer la culture politique et administrative et passer d'une culture du secret et de l'intimidation à une culture axée sur la primauté du droit. La recherche de frontières n'est pas une menace pour le modèle de démocratie parlementaire à la Westminster du Canada; c'est plutôt une façon de remplir la promesse de ce système et d'assurer que des intérêts partisans malhonnêtes ne contrecarrent pas l'intégrité de la Couronne ni l'intérêt public.

Notes en fin de texte

Certains des arguments et des solutions dont il est question dans cet article sont développés de L. Sossin, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence » (2005) 55, *University of Toronto Law Journal* 1. Je suis reconnaissant envers Jamie Liew et Erica Zarkovich, tous deux stagiaires chez Borden Ladner Gervais, de leur superbe assistance de recherche.

D. Savoie, *Breaking the Bargain: Public Servants, Ministers and Parliament* (Toronto : University of Toronto Press, 2003), p. 4-16. Savoie écrit : « En l'absence de règles formelles, les politiciens et les fonctionnaires ont conclu un « marché » il y a quelque temps... En vertu de l'arrangement, les fonctionnaires ont renoncé à la partisanerie ouverte, à certains droits politiques et à un profil public en échange de carrières permanentes, ou au moins d'emplois de durée indéterminée, de l'anonymat, de la sélection au mérite, d'une semaine de travail régulière et de la promesse qu'on s'occuperait d'eux à la fin de leur carrière ... Les politiciens, de leur côté, ont renoncé à la possibilité de nommer ou de destituer les fonctionnaires et de changer leurs conditions de travail à volonté en retour de la compétence professionnelle et de l'obéissance non partisane au gouvernement en place » (p. 5 et 6).

http://www.tbs-sct.gc.ca/report/rev-exa/ar-er_f.rtf

Ibid., p. 13.

La culture de « la peur et de l'intimidation » qui a conduit à une ingérence politique extrême dans l'exécution du Programme de commandites est maintenant documentée en détail dans le premier rapport de cette commission. Voir *Qui en responsable? Rapport, Phase 1* à http://www.gomery.ca/fr/phase1report/index.asp (ci-après « Rapport, Phase 1 »).

Selon Kenneth Kernaghan et John Langford, « la neutralité politique est une convention constitutionnelle qui dicte que les fonctionnaires doivent éviter les activités qui risquent de diminuer, ou semblent diminuer, leur impartialité politique ou l'impartialité politique de la fonction publique... »; voir K. Kernaghan et J. Langford, *The Responsible Public Servant* (Halifax et Toronto : IRPP et IPAC, 1990), p. 56; et D. Siegel, « Politics, Politicians, and Public Servants in Non-Partisan Local Governments », *Administration publique du Canada* (1986), p. 1 à 30. Voir aussi J. E. Hodgetts, *The Canadian Civil Service: A Physiology of Government* (Toronto : University of Toronto Press, 1973), p. 89.

Cette liste est reproduite dans K. Kernaghan, « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », Panel on the Role of Government Paper, Research Paper series (2003), p. 11; et K. Kernaghan, « East Block and Westminster: Conventions, Values, and Civil Service », dans C. Dunn (sous la dir. de), *The Handbook of Canadian Public Administration* (Don Mills : Oxford University Press, 2002), 104, 106. Voir aussi K. Kernaghan, « Political Rights and Political Neutrality : Finding the Balance Point » (1986) 29, *Administration publique du Canada*, 639. Elle a été acceptée comme partie du témoignage expert dans *Osborne c. Canada*, *infra*, entre autres cas.

E. Stewart, *Cabinet Government in Ontario : A View from the Inside* (Halifax : IRPP, 1989), p. 49, cité dans *ibid.* aux pages 12 et 13. Voir aussi C. Dunn, « The Central Executive in Canadian Government: Searching for the Holy Grail », dans C. Dunn (sous la dir. de), *The Oxford Handbook of Canadian Public Administration* (Toronto : Oxford, 2002), p. 305-340.

[90] Bien que la jurisprudence sur la neutralité bureaucratique soit importante, il faut souligner que cette question est généralement secondaire par rapport au différend en examen. Le différend a plus probablement trait à un problème de relations de travail impliquant soit un grief contre une sanction individuelle ou un différend entre un syndicat du secteur public et le gouvernement. C'est encore plus apparent dans les cas tirant au clair le devoir de loyauté de la fonction publique envers le gouvernement en place, comme on l'explique plus loin

[91] [1987] 2 R.C.S. 2.

[92] *Ibid.*, par. 85.

[93] G. Marshall. *Constitutional Conventions* (Oxford : Oxford University Press, 1984), p. 210.

[94] Les textes constitutionnels ne disent rien non plus de l'obligation des ministres de démissionner pour mauvaise administration ni de l'obligation des ministres de défendre les actes de leur ministère devant le Parlement, mais celles-ci sont néanmoins des exigences fondamentales de la démocratie constitutionnelle du Canada. Comme Andrew Heard a fait observer : « Les principes de la responsabilité ministérielle individuelle et collective prennent forme surtout dans les règles informelles qui sont apparues pour modifier le cadre juridique positif de la Constitution. On ne saurait trop insister sur l'importance de ces règles de gouvernement responsable; sans elles, la nature de notre régime de gouvernement serait fondamentalement transformée ». A. Heard. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto : Oxford University Press, 1991), p. 48.

[95] Wade, H.W.R. et C.F. Forsyth. *Administrative Law* (Oxford : Oxford University Press, 2000), p. 29.

[96] *Ibid.* Il cite à titre d'illustration les commentaires de Brenda Elliot, ancienne ministre de l'Environnement dans le gouvernement conservateur de l'Ontario qui a témoigné à l'enquête Walkerton en juin 2001 et, en réponse à une question sur sa responsabilité comme ministre pour les actions du ministère, a déclaré : « Eh bien, la responsabilité est une question très complexe, qui... est débattue depuis des siècles dans le cadre de la tradition parlementaire de Westminster » (citée à la page 4). Kernaghan sonde aussi les diverses autorités qui tentent d'expliquer les exigences de la responsabilité ministérielle et la distinction entre l'obligation du haut fonctionnaire « d'être responsable » et celle « de devoir répondre » de ses actes (pages 4 à 11).

[97] Voir S. Sutherland. « Responsible Government and Ministerial Responsibility: Every Reform Is Its Own Problem » (1991) 24, *Revue canadienne de science politique*. Voir aussi Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Rapport sur l'activité politique, le commentaire et la divulgation publique par les employés de la Couronne* (Toronto : ministère du Procureur général, 1986), p. 22; et sir Richard Scott. « Responsabilité ministérielle » [1996], *Public Law*, 410.

[98] Anson. Vol. II, Part 2, de *Law and Custom of the Constitution* (1908), p. 69, cité par MacKinnon ACJO dans son jugement dans *OPSEU*, cité parmi les raisons de la Cour suprême dans cette cause, au par. 96. Voir aussi D. Savoie. *Thatcher, Reagan, Mulroney: In Search of a New Bureaucracy* (Toronto : University of Toronto Press, 1994), p. 44-86.

[99] Voir D. Smith. *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government* (Toronto : University of Toronto Press, 1995). Smith fait observer : « Malgré le déclin du favoritisme politique dans les rangs de la fonction publique, le principe reste florissant au niveau sous-ministériel et dans la multitude de tribunaux administratifs, de conseils et de commissions créés par les gouvernements fédéral et provinciaux. » (102)

[100] Sous le NPD en Ontario, par exemple, David Agnew, haut conseiller politique sans expérience administrative, a été nommé secrétaire du Cabinet et chef de la fonction publique de l'Ontario. Cette nomination a été rapportée par P. Monahan, *Storming the Pink Palace* (Toronto : Lester, 1995), p. 37-38. Voir aussi la discussion de la politisation des nominations à la tête de la fonction publique fédérale dans les années 70 dans T. Axworthy. « Of Secretaries to Princes » (1988), 31, *Administration publique du Canada*, 247.

[101] Kernaghan. « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, p. 20-21.

[102] *OPSEU*, par. 99.

[13] Cette distinction a été établie par la Cour suprême dans *Référence objet Modification de la Constitution du Canada* (1981), 125 D.L.R. (3d) 1 à 84-85. Pour discussion, voir E. Forsey, « The Courts and the Conventions of the Constitution » (1984), 33 UNB L.J. 1; A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto : Oxford University Press, 1991), p. 1-15; et L. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Toronto : Carswell, 1999), p. 172-177. Dans *Osborne*, discuté plus bas, la Cour a déclaré : « Par conséquent, même si les conventions font partie de la Constitution de ce pays au sens politique large, c. à d. les principes démocratiques qui sous-tendent notre régime politique et les éléments qui constituent la relation entre les divers niveaux et organes de gouvernement, elles ne sont pas applicables dans une cour de justice à moins d'être incorporées à la législation. De plus, les lois donnant forme à des conventions constitutionnelles ne font pas automatiquement partie de la loi constitutionnelle, mais retiennent leur statut de lois ordinaires. Si tel n'était pas le cas, toute législation réputée embrasser une convention constitutionnelle aurait pour effet d'amender la Constitution… » (à 87).

[14] Pour l'exemple le plus frappant de ce phénomène, voir la *Référence de la sécession* [1998] 2 R.C.S. 217. Pour discussion, voir J. Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles » (2002) 27, Queen's L.J., 389 à 407. Leclair, comme la plupart des observateurs, ne fait pas de distinction expresse entre les conventions constitutionnelles et la catégorie plus vaste des principes constitutionnels sous-jacents. Ceux qui favorisent une plus grande participation judiciaire dans l'application de ces principes renvoient à la référence de la Cour dans *Référence de la sécession*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux principes constitutionnels donnant lieu à des « obligations légales substantielles ». Voir aussi M. Walters, « The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex non Scripta* as Fundamental Law » (2001) 51 U.T.L.J. 91; et W. Newman, « Grand Entrance Hall, Back Door or Foundation Stone? The Role of Constitutional Principles in Construing and Applying the Constitution of Canada » (2001), 14, *Supreme Court Law Review* (2d) 197; et J. Cameron, « The Written Word and the Constitution's 'Vital Unstated Assumptions' » (à paraître dans *Essays in Honour of Gerald A. Beaudoin*).

[15] [1985] 2 R.C.S. 455 [ci-après « *Fraser* »].

[16] *Ibid.*, à 458.

[17] *Ibid.*, à 466.

[18] *Ibid.*, à 470. Le devoir de loyauté est discuté ci-dessous. Comme l'exigence de neutralité politique, ce devoir ne semble pas avoir de fondement exprès dans la Constitution écrite, mais on peut soutenir qu'il y est insinué. Le juge en chef Dickson a simplement déclaré que l'intérêt public à l'impartialité « dicte une exigence générale de loyauté de la part du fonctionnaire » (à 456).

[19] *Ibid.*, à 471.

[20] *Ibid.*

[21] La question des dénonciateurs et de la protection à laquelle ils ont légalement droit déborde l'objet du présent document, mais est abordée dans Sossin, « Speaking Truth to Power », *supra*.

[22] Voir raisons de la Cour d'appel fédérale dans *Osborne c. Canada*.

[23] *Osborne c. Canada* [1991] 2R.C.S. 69 à 88. Le juge Sopinka a rejeté l'argument du gouvernement que l'art. 33 de la *Loi sur la fonction publique* était exempt de la Charte parce qu'il codifiait une convention constitutionnelle, mais il a noté que le fait qu'une disposition reflète cette convention « est une considération importante pour déterminer si dans l'art. 33, le Parlement cherchait à réaliser un important objectif politique ».

[24] *Fraser*, *supra*.

[25] *OPSEU*, *supra*, par. 93.

[26] L. Sossin, « The Ambivalence of Executive Power in Canada », dans Adam Tomkins et Paul Craig (sous la dir. de), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective* (Oxford : Oxford University Press, à paraître) (dans les dossiers de l'auteur).

[39] *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 à 142. Dans cette cause, le juge Rand a déclaré « qu'il y a toujours une perspective dans laquelle une loi est destinée à s'appliquer » (à 140). En d'autres termes, tout octroi d'autorité statutaire comporte une limitation implicite qui restreint son exercice à un objet correct et non pas incorrect, de bonne foi et non pas de mauvaise foi, et basé sur des facteurs raisonnables et non pas arbitraires ou discriminatoires. Pour discussion, voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (éd. en feuilles détachées), par. 13:1221.

[40] Voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltd.* 2005 CSC 49 par. 57-68. Pour de récentes évaluations, voir P. Hogg et C. Zwibel, « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 U.T.L.J., 715; et W. J. Newman, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 N.J.C.L. 175.

[41] Voir *Baker*, par. 53, 56.

[42] *Référence sur la sécession*, *supra*, par. 70.

[43] Voir *Crevier c. Québec* [1981] 2 R.C.S. 220. Voir aussi M. Elliot, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Oxford : Hart Publishing, 2001).

[44] À titre de chef de l'administration de la justice pour la Couronne, le procureur général a la responsabilité de s'assurer « que l'administration des affaires publiques est conforme à la loi ». M. Freiman, « Convergence of Law and Policy and the Role of the Attorney General » (2002), 16, *Supreme Court Law Review* (2nd) 335 à 338-339.

[45] David Dyzenhaus a écrit que la primauté du droit, en tant que partie de la constitution de common law du Canada, habilite les individus qui entrent en contact avec les décideurs administratifs à être traités en conformité des valeurs que les Canadiens jugent constitutionnelles — cela peut aller jusqu'au droit à des décideurs administratifs qui ne doivent pas leur position à une affiliation politique ou au patronage. Voir D. Dyzenhaus, « Constituting the Rule of Law : Fundamental Values in Administrative Law » (2002), 27, Queen's L.J. 445 à 503, commentant *SCFP c. Ontario (MOL)* 2003 CSC 29.

[46] En Nouvelle-Zélande, par exemple, les fonctionnaires sont informés que les instructions des ministres doivent être rejetées « s'il peut être raisonnablement supposé que les instructions sont illégales parce qu'il serait illégal pour le ministre de les donner... où il serait illégal pour les fonctionnaires de les accepter... ou les fonctionnaires devraient enfreindre la loi pour les mettre à exécution ». Nouvelle-Zélande, Commission des services de l'État, Le Haut fonctionnaire, p. 28, cité dans Kernaghan, « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, à 22.

[47] [2000] F.C.J. No 754 (T.D.).

[48] *Ibid.*, au par. 20.

[49] (2001), 208 D.L.R. (4th) 577 (Ont. C.A.).

[50] Pour une discussion de la primauté du droit dans le cadre de la culture de la fonction publique, voir L. Sossin, « From Neutrality to Compassion: The Place of Civil Service Values and Legal Norms in the Exercise of Administrative Discretion » (2005), 55, *University of Toronto Law Journal*, 427.

[51] Deux autres opinions sollicitées par le leader du gouvernement à la Chambre contredisaient cette conclusion et concluaient qu'aucune convention n'exigeait l'annonce du budget à la Chambre.

[52] A. Baillie, « Contempt ruling shocks PCs; Government lawyers told Tories moving budget venue was illegal » (9 mai 2003), *Toronto Star*, A1.

[53] C. Mallan, « Tory backers to provide setting for budget day » (22 mars 2003), *Toronto Star*, A6 : (« Hier aussi, le chef de cabinet du chef libéral Dalton McGuinty a adressé une lettre au premier bureaucrate de la province, le secrétaire du Cabinet Tony Dean, mettant en doute l'emploi de fonctionnaires non partisans par le gouvernement Conservateur dans ce qu'il a appelé un plan qui est "clairement de nature partisane". Philip Dewan a demandé à Dean d'empêcher que les fonctionnaires soient entraînés dans un exercice politique. "Je crois que la direction de la FPO (fonction publique de l'Ontario) a l'obligation de s'assurer que... les fonctionnaires dévoués et professionnels de l'Ontario ne soient pas placés dans

une position compromettante en aidant aux préparatifs d'un événement partisan". »

[91] Ceci est attesté par les opinions constitutionnelles contradictoires produites par le président de l'Assemblée législative et le leader du gouvernement Conservateur en Chambre, qui sont consignées dans les dossiers de l'auteur (l'opinion produite par le procureur général, si elle a existé, n'a jamais été publiée).

[92] Le dernier chapitre de l'affaire Magna s'est déroulé devant le tribunal — après l'annonce du budget, une requête a été déposée par un citoyen demandant à la cour de décider si l'annonce du budget hors de la Législature violait les conventions parlementaires. La cause a été renvoyée sur avis préliminaire au motif qu'elle n'était pas justiciable. Voir *Martin c. Ontario* (décision de la Cour supérieure de l'Ontario, le 20 janvier 2004).

[93] Rapport de la CRDO, *supra*, à p. 34.

[94] C. K. Allen, *Laws and Orders* (3e éd.) (1965), p. 281-282.

[95] *Fraser*, *supra*, à 471.

[96] *Ibid.*, à 470.

[97] Cela a été caractérisé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario comme une manière fonctionnelle d'aborder la loyauté, selon laquelle « la loyauté est nécessaire au fonctionnement efficace de la fonction publique et le fonctionnement efficace de la fonction publique est un impératif constitutionnel qui légitime une certaine limitation des droits individuels des fonctionnaires ». note *supra*, 54, p.47-48.

[98] [2001] 2 C.F. 82 (F.C.T.D.). Ce procès se poursuit — pour la décision la plus récente confirmant que la norme de révision des juges de griefs est le caractère raisonnable et que le juge a conclu que la réprimande de Mme Haydon était raisonnable, voir [2005] FCA, 249.

[99] *Ibid.*, par. 32.

[100] *Ibid.*

[101] [2000] A.J. 1046 (Q.B.), par. 40 (réformé en appel [2002] A.J. No. 1086 [C.A.]).

[102] Ackerman, *supra*, à 692. Pour un exemple de fonctionnement des principes au mérite, voir la loi sur la fonction publique de l'Australie, qui prévoit que les décisions d'emploi sont prises sur la base du mérite et qu'une décision relative à l'embauche et à la promotion est basée sur le mérite si : a) on évalue les qualités requises des candidats pour les fonctions, en utilisant un processus de sélection compétitif; b) l'évaluation est basée sur la relation entre les qualités de travail du candidat et les qualités de travail vraiment requises pour les fonctions; c) l'évaluation porte sur la capacité relative des candidats d'obtenir des résultats correspondant aux fonctions; et d) l'évaluation est la première considération dans la prise de décision, cité dans Kernaghan, « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, à 15.

[103] La plus connue est la Commission Lambert en 1979.

[104] Pour une évaluation détaillée et favorable de ce modèle, voir C.E.S. Franks, « Le modèle britannique de l'agent comptable » (document de recherche préparé pour la Commission d'enquête sur le Programme de commandites).

[105] Voir le mémoire de la Commission de la fonction publique à cette commission. Voir aussi son dernier rapport annuel à http://www.psc-cfp.gc.ca/centres/annual-annuel/index_f.htm

[106] Pour une discussion de ces pouvoirs, voir *Tucci c. Canada (Procureur général)*, 126 F.T.R. 147.

[107] Quoique le sujet déborde le cadre du cadre présent document, j'ai soutenu ailleurs que le greffier ne devrait pas être une nomination politique. J'irais plus loin et mettrais aussi en doute l'opportunité de la nomination des sous-ministres par le Premier ministre. Le système en vigueur au Royaume-Uni, où le chef de la Commission de la fonction publique préside les comités de sélection des sous-ministres pour s'assurer que ce sont des nominations non partisanes, à beaucoup de mérite et est fidèle aux valeurs constitutionnelles défendues dans cette analyse.

[48] Voir le Code de la fonction publique du R.-U. à http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmpubadm/336/33603.htm#a6.

[49] Voir G. Ganz, *Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation* (Londres : Sweet & Maxwell, 1987), à 16-22.

[50] La relation entre loi « douce » sous forme de directives, de codes et de règles, de même que de politique et de pratiques établies, et loi « dure » sous forme de lois et de règlements est analogue à la relation entre matériel et logiciel pour les ordinateurs. Le matériel constitue l'infrastructure qui est uniforme pour tous les usagers alors que les logiciels sont adaptés à l'usager et permettent aux programmes de fonctionner. Ce terme a aussi été adopté dans le contexte des codes d'éthique dans Angela Campbell et Kathleen C. Glass, « The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research » (2001), 46, *McGill L.J.*, 473. Voir aussi C. Smith et L. Sossin, « Hard Choices and Soft Law : Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government » (2003), 40, *Alberta Law Review*, 867.

[51] Voir http://www.pco-bcp.gc.ca/default.asp?Language=F&Page=Publications&doc=guidemin/guidemin_toc_f.htm.

[52] Pour une plus ample discussion, voir C. Smith et L. Sossin, « Hard Choices and Soft Law : Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government » (2003), 40, *Alberta Law Review*, 867.

[53] Voir, par exemple, *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* du gouvernement fédéral (1994) (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/oc01053e.html) (accédé le 13 mai 2002).

[54] Voir le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* dans le site Web du Conseil du Trésor à http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/TB_851/vec-cve1_f.asp#_Toc46202820.

[55] Le Code envisage un recours d'un chef adjoint à un agent d'intégrité de la fonction publique.

[56] B. Thompson, « Whitehall's Cultural Revolution », [1995] 1 *Web Journal of Current Legal Issues* 1. Le Code de la fonction publique du Royaume-Uni a été élaboré à la suite de consultations qui ont révélé une érosion de la « philosophie » de la fonction publique avec la sous-traitance et la privatisation et un manque de confiance dans les structures existantes pour répondre aux allégations de méfaits du gouvernement.

[57] Conversation avec la baronne Prashar, le 3 novembre 2005.

[58] Voir la description de leur rôle respectif dans le Rapport, Phase I, p. 32, 43 à 47.

[59] *Ibid.*, p. 96 à 100.

[60] *Ibid.*, p. 47.

[61] Voir *L'amélioration constante de la gestion au sein du gouvernement du Canada : Notre engagement* (http://www.tbs-sct.gc.ca/spsm-rgsp/cci-acg/cci-acg_f.asp); la *Loi sur la gestion des finances publiques : Pour réagir face à la non-conformité — Répondre aux attentes des Canadiens et des Canadiennes*.

[62] Comité permanent des comptes publics, séance n° 51, témoignages de M. Reg Alcock, président du Conseil du Trésor, et du Bureau Conseil privé, M. Alex Himelfarb, greffier du Conseil privé, le 25 octobre 2005, p. 2 et 3.

ENCOURAGER LA RECTITUDE, DÉCOURAGER L'INCONDUITE : POUR UNE CHARTE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET UNE LOI SUR LA DIVULGATION

Kenneth Kernaghan

La thèse majeure défendue dans l'étude est que le gouvernement fédéral devrait adopter une charte de valeurs de la fonction publique et une loi de protection des dénonciateurs, ces deux mesures allant de pair. Une charte de valeurs de la fonction publique représenterait une déclaration officielle précisant la position constitutionnelle de la fonction publique, notamment sa relation avec la sphère politique de l'État. Une telle charte constituerait l'assise et tracerait le cadre de la bonne gouvernance en inscrivant les valeurs fondamentales de la fonction publique dans le contexte plus large des principes de la démocratie

parlementaire canadienne. Une loi sur la divulgation des actes fautifs (souvent appelée loi sur la protection des dénonciateurs) mettrait à l'abri les fonctionnaires qui révèlent des formes d'inconduite dans l'administration publique telles que des agissements illégaux et la gabegie caractérisée.

Ces deux instruments — loi sur la divulgation et charte de la fonction publique — feraient une partie intégrante du régime de responsabilisation d'ensemble de l'administration fédérale canadienne. La mise en œuvre de ces deux idées était déjà proposée en 1996 dans le rapport du Groupe de travail sur les valeurs et l'éthique dans la fonction publique (le « Rapport Tait ») où l'idée d'une charte était présentée comme un « contrat moral »[1]. Au début de la décennie actuelle, le gouvernement a effectué deux pas importants vers la mise en œuvre de ces idées. Il a adopté une Politique sur la divulgation interne en 2001[2] et le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* en 2003[3]. Les infractions au Code devenaient dès lors l'un des manquements couverts par la politique sur la divulgation. Ces deux idées occupent depuis une place de plus en plus prépondérante dans le discours des responsables politiques et administratifs. Elles ont été reprises en 2004 dans les recommandations du Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs, un groupe de travail externe[4], puis dans les projets de loi C-25 et C-11 intitulés *Loi sur la protection des fonctionnaires dénonciateurs d'actes répréhensibles*[5]. À l'heure où nous écrivons, le projet de loi C-11, qui se concentre sur la divulgation et dans lequel le gouvernement s'engage seulement à adopter une charte des valeurs du service public et un code de conduite, n'était pas encore adopté.

Dans la présente étude, nous inscrivons l'idée d'une charte et d'une loi sur la divulgation dans un contexte comparatif. L'objectif est de voir dans quelle mesure l'expérience d'autres pays peut aider le Canada à adopter une charte et une loi sur la divulgation qui répondent de manière optimale à ses besoins propres. La première partie du rapport

explique brièvement l'importance du concept de valeurs du service public et de leur gestion. La deuxième partie focalise sur la notion d'une charte de la fonction publique, par référence aux politiques et aux pratiques relatives aux valeurs et à la déontologie en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni (les pays à régime de type Westminster). La troisième partie passe en revue les régimes de divulgation des actes fautifs dans ces pays et en tire les principales leçons pour le Canada. La quatrième partie se penche sur les options de remplacement des mécanismes actuels de protection des divulgateurs et de promotion des valeurs au Canada et recommande un régime de divulgation étoffé assis sur un ensemble de valeurs solides.

1 Les valeurs et l'éthique

Les valeurs sont des croyances durables qui influencent nos conceptions et nos actes. Les valeurs déterminent les choix que nous opérons parmi l'éventail des fins et des moyens à notre disposition[6]. Au cours des 20 dernières années, les valeurs du service public sont devenues un ingrédient majeur de la gestion des organismes publics, non seulement au Canada mais aussi dans beaucoup d'autres pays du monde. Après un examen approfondi des valeurs du secteur public, Montgomery Van Wart, un spécialiste américain, a conclu que ces valeurs sont tellement présentes dans la gestion publique que « [Traduction] l'art de la gestion des valeurs est d'ores et déjà devenu *la compétence* primordiale que doivent posséder les gestionnaires et dirigeants des organismes publics »[7]. Au Canada, les valeurs du service public occupent une place de premier rang dans le Rapport Tait, qui conclut que la réforme de la fonction publique « doit venir d'abord de l'intérieur : de valeurs sciemment entretenues et quotidiennement pratiquées; de valeurs profondément enracinées dans notre propre système de gouvernement, de valeurs qui aident la fonction publique à redécouvrir sa nature, sa raison d'être et ses attributions; de valeurs qui nous aident à faire du service public une noble vocation »[8].

Tant l'ouvrage de Van Wart que le Rapport Tait mettent en lumière la différence entre les concepts étroitement apparentés que sont les valeurs et l'éthique[9]. Les deux notions ne doivent pas être considérées comme interchangeables car les valeurs déontologiques sont un sous-ensemble des valeurs en général. Le Rapport Tait classe les valeurs en quatre grandes catégories ou « familles » de valeurs : les valeurs *démocratiques*, les valeurs *déontologiques*, les valeurs *professionnelles* et les valeurs *humaines*. Cette classification est maintenant largement admise dans les milieux de l'administration publique au Canada et consacrée dans le *Code de valeurs et d'éthique* de la fonction publique du gouvernement fédéral et d'autres documents officiels.

Au cours des 10 dernières années, les valeurs du service public n'ont cessé de gagner en importance dans les administrations publiques des trois pays à régime de type Westminster examinés ici. La *State Services Commission* de Nouvelle-Zélande affirme que « [Traduction] en substance, les valeurs sont le lien entre le travail quotidien des fonctionnaires et les objectifs généraux du gouvernement démocratique . . . »[10]. Et les valeurs énoncées dans la *Public Service Act* australienne de 1999 sont décrites comme assoyant « [Traduction] le caractère distinctif de la fonction publique australienne » et comme étant « [Traduction] au cœur de la dimension intérêt public de l'emploi dans le secteur public ». Elles constituent le fondement réel et l'élément intégrateur de la fonction publique, de son professionnalisme, de son intégrité et de sa culture de service impartial et attentif au gouvernement du moment »[11]. On retrouve des formulaires similaires dans le *Civil Service Code* britannique qui se dit être le « cadre constitutionnel » de la fonction publique.

L'examen dans la présente étude des valeurs du service public dans ces trois pays s'intéresse particulièrement à la forme et au contenu des principaux documents traitant des valeurs et de l'éthique. Les moyens par lesquels les valeurs et l'éthique sont concrétisés dans la fonction publique en général et dans les organismes publics individuels sont

également abordés. Nous prêtons particulièrement attention à la mesure dans laquelle ces efforts peuvent inspirer le mouvement vers une charte de la fonction publique au Canada. Pour chaque pays, nous passons en revue les quatre catégories de valeurs précitées. Nous établissons une distinction supplémentaire entre les valeurs *traditionnelles* (telles que reddition de comptes, intégrité) et les valeurs *nouvelles* (des valeurs *professionnelles* telles que le service et l'innovation).

Mettre ainsi l'accent sur l'importance des valeurs du service public ne constitue pas une invitation à réduire indûment le recours aux règles, notamment aux règles déontologiques[12]. Un énoncé des valeurs (souvent appelé code de conduite) ne suffit pas par lui-même à garantir des comportements guidés par les valeurs et l'éthique dans la fonction publique. Mais il devrait être un élément de premier rang d'un régime qui comprend « [Traduction] des mesures telles que des *règles déontologiques* et des lignes directrices, une formation et sensibilisation à l'éthique, des conseillers en éthique ou médiateurs . . . »[13]. L'adhésion à des valeurs partagées peut aider à *réduire* le besoin de règles. En outre, la référence des valeurs aide à expliquer aux fonctionnaires la raison d'être des règles. Par exemple, des valeurs comme l'honnêteté et la justice sous-tendent les règles relatives au conflit d'intérêts.

1.1 L'Australie

L'Australie est en tête des régimes de type Westminster pour ce qui est de l'intégration des valeurs dans les structures, mécanismes et systèmes de sa fonction publique. Depuis le milieu des années 90 en particulier, le gouvernement fédéral australien a pris des engagements clairs et répétés en faveur d'une fonction publique fondée sur les valeurs. Cette action a pour but de transformer la mentalité dans l'administration, de manière à privilégier les valeurs plutôt que les règles, et les résultats plutôt que les méthodes. Une étape marquante de l'évolution des valeurs et de l'éthique en Australie a été la promulgation d'une nouvelle *Public Service*

Act (PSA, Loi sur la fonction publique) en 1999. Sur le plan des valeurs et de l'éthique, cette loi est l'aboutissement de plusieurs initiatives antérieures et le socle du changement culturel recherché. Le mémoire explicatif final de la PSA soulignait que les valeurs de la fonction publique australienne (FPA) inscrites dans la Loi étaient destinées à :

- servir de fondement philosophique à la FPA;
- refléter les attentes du public pour ce qui est des relations entre les fonctionnaires et le gouvernement, le Parlement et la société australienne;
- donner expression à la culture et au mode de fonctionnement de la FPA . . .[10]

Le premier article de la PSA est un énoncé intitulé *Valeurs de la FPA*, qui prend la forme d'une liste de 15 affirmations d'une phrase. La place éminente de cet énoncé confirme son statut de fondement philosophique des valeurs et de l'éthique de la fonction publique. En guise d'illustration de la forme et du contenu de cet énoncé des valeurs de la FPA, nous citerons les suivantes :

a) la FPA est apolitique, remplissant ses fonctions de manière impartiale et professionnelle;

e) la FPA est publiquement comptable de ses actes, dans le cadre de la responsabilité ministérielle envers le gouvernement, le Parlement et le public australien;

g) la FPA fournit ses services de manière équitable, efficace, impartiale et courtoise au public australien et est sensible à la diversité du public australien;

j) la FPA offre un milieu de travail équitable, flexible, sûr et épanouissant;

k) la FPA met l'accent sur les résultats et la gestion du rendement.

Alors que la liste privilégie les valeurs démocratiques et déontologiques, elle comporte également des valeurs humaines, des valeurs professionnelles traditionnelles et des valeurs professionnelles nouvelles (la réalisation de résultats). Puisque plusieurs alinéas énoncent plus d'une valeur, le nombre total dépasse nettement le chiffre de 15.

L'énoncé des valeurs de la FPA et le Code de conduite de la FPA qui lui fait immédiatement suite dans la Loi sont explicitement mis en relation. L'énoncé stipule que « la FPA adhère aux normes éthiques les plus élevées » et le Code dispose qu'« un employé de la FPA doit se comporter sans exception de manière à respecter les valeurs de la FPA et préserver l'intégrité et la bonne réputation de la FPA ». Dans une large mesure, l'énoncé des valeurs représente la fondation sur laquelle sont construites les lignes directrices beaucoup plus détaillées du Code. Toutefois, ce dernier contient non seulement des *règles* déontologiques sur des aspects tels que le conflit d'intérêts, mais formule également ce que l'on considère généralement être des valeurs (p. ex., l'intégrité). Parmi les dispositions du Code de conduite figurent les suivantes :

1) Un employé de la FPA doit se comporter avec honnêteté et intégrité dans son travail.

2) Un employé de la FPA doit agir avec soin et diligence dans son travail . . .

6) Un employé de la FPA doit maintenir la confidentialité requise concernant ses contacts avec tout ministre ou membre du cabinet d'un ministre.

7) Un employé de la FPA doit déclarer, et prendre toute mesure raisonnable pour éviter, tout conflit d'intérêts (réel ou apparent) en rapport avec son travail.

Comme on le verra dans la partie suivante, la PSA assure également une protection aux dénonciateurs qui révèlent des infractions au Code.

Tous les fonctionnaires sont tenus de respecter les valeurs de la FPA et d'observer le Code de conduite. Les administrateurs généraux des ministères et organismes doivent respecter et promouvoir les valeurs dans leur service et possèdent le pouvoir de sanctionner les infractions au Code. La concrétisation des valeurs et du Code dans la fonction publique est principalement la responsabilité du *Public Service Commissioner*. Ce dernier est tenu de formuler des directives couvrant chacune des valeurs, afin d'en assurer le respect par les fonctionnaires, et d'en préciser la portée et l'application. Le commissaire présente également un rapport annuel au Parlement, intitulé *State of the Service*, dans lequel il estime la mesure dans laquelle les administrateurs généraux respectent et font respecter les valeurs, ainsi que la mesure dans laquelle les organismes ont mis en place des procédures et systèmes appropriés afin de garantir l'observation du Code. Enfin, le commissaire a pouvoir de faire enquête sur les violations présumées du Code par les administrateurs généraux et de signaler tout manquement au premier ministre ou au ministre responsable.

Bien avant la promulgation de la PSA en 1999, l'Australie avait adopté les *Guidelines on Official Conduct of Commonwealth Public Servants* (Lignes directrices sur la conduite officielle des fonctionnaires du Commonwealth). La version 1995 de ce volumineux document contenait quantité d'instructions sur un grand nombre de valeurs et d'aspects déontologiques déjà couverts dans des lois, des règlements et des lignes directrices. En août 2003, le *Public Service Commissioner* a publié une version considérablement remaniée des lignes directrices, sous le titre *APS Values and Code of Conduct in Practice: Guide to official conduct for APS employees and Agency Heads* (Les valeurs et le Code de conduite de la FPA mis en pratique : Guide pour la conduite officielle des fonctionnaires et administrateurs généraux de la FPA). Le guide fait directement référence aux valeurs de la FPA en ce sens qu'il inscrit un large éventail de valeurs et de points de déontologie dans un cadre des valeurs de la FPA.

En outre, en août 2003, le *Public Service Commissioner* a produit un guide « des bonnes pratiques » intitulé *Embedding the APS Values* (Incorporer les valeurs de la FPS). Ce guide propose des études de cas et une liste de contrôle pour aider les organismes à inculquer les valeurs à leurs employés. Le guide signale plusieurs facteurs indispensables à la bonne intégration des valeurs dans la fonction publique :

- l'importance du leadership dans chaque organisme, s'agissant de disséminer le message que les valeurs ont leur raison d'être et doivent être prises au sérieux;
- les perceptions des employés sur la mesure dans laquelle les cadres supérieurs de l'organisme modèlent leur comportement sur les valeurs;
- la disponibilité d'une formation et information sur les valeurs et la déontologie dans chaque organisme;
- l'intégration des valeurs dans les principaux documents de l'organisme, plus particulièrement les chartes de service à la clientèle, les instructions des premiers dirigeants et les mécanismes d'évaluation du rendement;
- l'utilisation de mécanismes de vérification, tels que les sondages auprès du personnel, pour assurer que les stratégies relatives aux valeurs restent adaptées et efficaces[15].

La PSA ne présente pas les valeurs de la FPA d'une manière qui les rend faciles à comprendre, communiquer ou mémoriser. C'est en partie dû au désir du gouvernement d'obtenir un soutien bipartisan à la PSA; de fait, plusieurs valeurs ont été ajoutées à la liste durant le processus législatif. Afin de rendre les valeurs plus faciles à expliquer et à mémoriser à tous les niveaux de la fonction publique, elles ont depuis été classées en quatre groupes qui sont à peu près similaires à la classification employée dans le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* au Canada, soit les valeurs démocratiques, déontologiques,

professionnelles et humaines. La classification australienne, qui est fondée sur les relations et les comportements, comprend : 1) les relations avec le gouvernement et le Parlement; 2) les relations avec le public; 3) les relations dans le milieu de travail; et 4) le comportement personnel. L'importance, dans le système australien, de ce que nous appelons au Canada les valeurs démocratiques est mise en évidence par la place singulière attribuée aux valeurs qui reflètent le rôle de la FPA à titre d'institution et qui forment « [Traduction] les principes essentiels de l'administration publique ayant cours dans les systèmes de gouvernement de type Westminster depuis plus d'un siècle »[16] (tels que la reddition de comptes, la réactivité, l'impartialité).

Le cadre comprend également trois éléments accessoires qui sont les moteurs de l'intégration des valeurs PSA dans le service public. Le premier élément est l'*engagement*, soit l'adoption d'un comportement axé sur les valeurs, spécialement de la part des dirigeants et cadres supérieurs, ainsi que des possibilités d'apprentissage et de perfectionnement propres à sensibiliser les fonctionnaires à l'importance d'aligner leur comportement sur les valeurs. Le deuxième élément — la *gestion* — met l'accent sur l'intégration des valeurs à tous les aspects de l'organisation, de telle façon que les politiques, mécanismes et systèmes soient au diapason. Le dernier élément est le *contrôle* — l'obligation de mettre en place des mécanismes de responsabilisation efficaces, tels que le Code de conduite, afin d'assurer que les valeurs soient respectées, que des sanctions soient infligées le cas échéant et que des sondages soient menés auprès du personnel et des clients afin de mesurer dans quelle mesure les valeurs sont respectées.

L'examen des rapports dits « *State of the Service* » depuis 1998-1999 donne à penser que le *Public Service Commissioner*, appuyé par des programmes énergiques en matière de valeurs et de déontologie dans certains organismes, a réalisé des progrès considérables s'agissant d'inculquer les valeurs à la fonction publique australienne. Le rapport de 2003-2004

conduit, sur la foi d'un sondage auprès du personnel, que « [l]a vaste majorité des employés estiment bien connaître les valeurs FPA et les considèrent comme une réalité de leur travail quotidien »[7].

1.2
La Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, les valeurs de la fonction publique sont énoncées dans le *Public Service Code of Conduct*. Au titre des pouvoirs conférés par la *State Sector Act* de 1988, le *State Services Commissioner* a instauré le Code pour les fonctionnaires ministériels. Une modification de la Loi en 2005 a autorisé le commissaire à fixer des normes et à émettre des avis sur l'intégrité et la conduite d'un plus grand éventail d'employés au niveau de tous les « services étatiques », donc également ceux des sociétés d'État. Le commissaire a reçu aussi pouvoir de produire des codes de conduite taillés sur mesure pour répondre aux besoins d'organismes particuliers — afin de refléter, par exemple, leurs contraintes juridiques ou commerciales spécifiques. Le Code de conduite contient trois grands principes :

- Les employés doivent remplir leurs obligations légales envers le gouvernement avec professionnalisme et intégrité.
- Les employés doivent exécuter leurs fonctions officielles avec honnêteté, loyauté et efficacité, en respectant les droits du public et de leurs collègues.
- Les employés ne doivent pas jeter le discrédit sur leur employeur par leurs activités privées.

Le Code détaille longuement chacun de ces principes. Le premier, par exemple, couvre des aspects tels que les obligations des fonctionnaires envers le gouvernement, la neutralité politique, les commentaires publics sur la politique gouvernementale, la participation politique et la divulgation protégée (dénonciation). Bien que le Code fasse référence

en plusieurs endroits à des valeurs telles que l'honnêteté et l'intégrité, ni le mot « valeurs » ni le mot « éthique » n'y apparaît. Toutefois, la lecture du Code en conjonction avec d'autres documents officiels montre que les principales valeurs du service public en Nouvelle-Zélande sont l'intégrité, l'honnêteté, la neutralité politique, le professionnalisme, le respect de la Loi, le respect des institutions démocratiques, le respect du *Traité de Waitangi* (concernant les peuples autochtones) ainsi que la formulation d'avis en toute liberté et franchise[18]. Tout comme l'énoncé des valeurs de la fonction publique australienne, le Code privilégie les valeurs démocratiques.

Plus récemment, en 2001, le *Minister of State Services*, au nom de tout le gouvernement, a produit un document distinct, en deux parties, intitulé *Statement of Government Expectations of the State Sector and Commitment by the Government to the State Sector* (Énoncé des attentes du gouvernement vis-à-vis du secteur public et engagement du gouvernement envers le secteur public)[19]. Le but était de présenter un énoncé clair et concis des valeurs. La première partie contient une liste de 11 valeurs, principalement des valeurs démocratiques, sous les rubriques de l'intégrité et de la responsabilité, suivie d'une longue liste de principes concrétisant ces valeurs dans la conduite quotidienne des fonctionnaires. La seconde partie définit brièvement quatre obligations du gouvernement et des ministres à l'égard des fonctionnaires, dont, par exemple, les obligations consistant à « admettre l'importance d'avis libres, francs et exhaustifs » et de « traiter les employés du secteur public de manière professionnelle. » Il est remarquable non seulement que ce document ait été produit par les ministres mais aussi qu'il prescrive certaines obligations mutuelles aux ministres et aux fonctionnaires. Ainsi, il se rapproche davantage d'une définition de la position constitutionnelle du service public, que l'on s'attendrait à trouver dans une charte de la fonction publique, que ne le fait le Code de conduite du service public de ce pays et l'énoncé des valeurs de l'Australie.

Le *State Sector Standards Board*, qui a rédigé et recommandé l'énoncé des attentes, souhaitait que celui-ci « [Traduction] coiffe et guide l'élaboration de codes, d'énoncés de mission ou de valeurs dans les organisations individuelles du secteur public ». Un but similaire était attribué au Code de conduite de la fonction publique, qui a été conçu en partie afin de « [Traduction] servir de fondement aux codes plus détaillés que peuvent requérir les contraintes particulières de ministères individuels »[70]. Toutefois, l'énoncé ne fait nulle référence au Code de conduite et la relation entre ces deux documents traitant de valeurs et d'éthique n'est pas évidente. Il est clair en revanche que les efforts visant à intégrer les valeurs dans les structures, les mécanismes et les systèmes de la fonction publique néo-zélandaise sont axés davantage sur le Code de conduite que sur l'énoncé des attentes. La *State Services Commission* a rédigé un « guide de facilitation » détaillé[71], fondé sur le Code de conduite, afin d'expliquer la signification, l'importance et l'application des valeurs du service public et d'encourager les fonctionnaires à les respecter dans leur travail quotidien.

1.3
Le Royaume-Uni

Tout comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie, le Royaume-Uni s'est doté de deux documents particulièrement notables sur le plan des valeurs et de l'éthique dans la fonction publique. Le principal document britannique est le *Civil Service Code*, qui a été publié en 1996 par le *Minister for the Civil Service* en vertu du *Civil Service Order in Council* de 1995. Le Code fait partie du volumineux *Civil Service Management Code*, qui établit une pléthore de règlements et d'instructions relatives aux conditions d'emploi des fonctionnaires que les ministères et organismes sont tenus de respecter. Les ministères et organismes individuels doivent fixer des normes de conduite à leurs employés conformes aux dispositions du *Civil Service Code* et spécifier les sanctions en cas de violations.

Compare à l'énoncé des valeurs de la fonction publique australienne et au Code de conduite de la Nouvelle-Zélande, le Code du service public insiste un peu plus sur les valeurs démocratiques et en communique l'importance par un langage plus élégant. Il se préoccupe aussi davantage du rôle constitutionnel de la fonction publique au niveau des relations avec les ministres et le Parlement. Il commence par poser que « [l]raduction] le rôle constitutionnel et pratique du service public est de donner, avec intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité, son concours au gouvernement dûment constitué… pour la formulation de [ses] politiques, l'exécution des décisions et l'administration des services publics dont [il] est responsable ».

Davantage encore que l'Énoncé des attentes de la Nouvelle-Zélande, le Code du service public britannique fixe des obligations aux ministres aussi bien qu'aux fonctionnaires. Le Code doit être lu dans le contexte des responsabilités des ministres formulées dans le Code ministériel et qui comprennent :

- le devoir de ne pas utiliser les ressources publiques à des fins politiques partisanes, de préserver l'impartialité politique de la fonction publique et de ne pas demander à des fonctionnaires d'agir de manière contraire au Code du service civil;

- le devoir de tenir dûment compte des avis éclairés et impartiaux donnés par les fonctionnaires, ainsi que d'autres considérations et avis, pour la prise de décisions.

Tout comme le Code de conduite de la Nouvelle-Zélande, le Code du service civil britannique est parsemé de références à des valeurs, mais sans que le terme valeurs n'y figure. Ce n'est pas le cas d'un deuxième document majeur traitant de valeurs et d'éthique dans la fonction publique. Le *Vision and Values Statement* (Énoncé de la vision et des valeurs)[7] a été adopté lors d'une réunion de secrétaires permanents des ministères en 1999. Il vise à donner une expression concrète aux

valeurs en les inscrivant dans la conduite au quotidien des fonctionnaires. L'Énoncé contient une liste de « valeurs ou principes communs » sur lesquels les ministères et organismes peuvent asseoir leurs énoncés propres. La fonction publique est encouragée à refléter les valeurs dans les mécanismes de recrutement et de sélection, de formation et de perfectionnement et de gestion du rendement. Plus précisément, le système de gestion du rendement doit « [Traduction] reconnaître et récompenser les employés qui appliquent et respectent les valeurs; sanctionner le mauvais rendement de ceux qui ignorent régulièrement les valeurs; et développer les compétences . . . qui reflètent les comportements requis pour appuyer la vision et les valeurs »[7].

L'Énoncé complète le Code en soulignant les valeurs professionnelles (telles que l'innovation, les résultats) mais non à l'exclusion des valeurs démocratiques et déontologiques. Mais il ne semble pas s'être taillé une place de premier plan dans le régime des valeurs et de l'éthique britannique. Le Code, qui affirme lui-même être « la *déclaration primordiale* des droits et responsabilités des fonctionnaires » a conservé sa place prééminente. Cela se reflète dans le débat récent sur l'opportunité et le contenu d'une loi sur la fonction publique au Royaume-Uni. En janvier 2004, le *Select Committee on Public Administration* (PASC, Comité spécial sur l'administration publique) de la Chambre des communes a remis au gouvernement un projet de loi sur la fonction publique[8] incorporant le Code du service civil pratiquement en l'état. L'intention était d'instaurer un cadre tel que le Parlement pourrait « [Traduction] assurer que les principes du service public soient respectés et que les fonctionnaires et d'autres remplissent leurs fonctions avec probité ». Le gouvernement a répondu en novembre 2004 par un document de consultation contenant son propre avant-projet de loi sur le service public, guère différent de celui du PASC[9]. Ce dernier a relevé que c'est la première fois dans l'histoire qu'un gouvernement britannique propose « [Traduction] de donner au service public un

fondement légal et d'assurer une protection constitutionnelle à ses valeurs fondamentales »[28]. Le Comité a fait toutefois part de son soupçon que le gouvernement n'est pas réellement résolu à promulguer une loi sur le service public.

Comparé à l'Énoncé des valeurs FPA de l'Australie et au Code de conduite du service public de la Nouvelle-Zélande, le code britannique, de par son format général, de sa formulation et de son contenu, représente le meilleur modèle pour une charte canadienne de la fonction publique. Nous reviendrons sur ce sujet après notre examen de la question de la divulgation des actes fautifs.

2 La divulgation des actes fautifs

Nous examinons ici le régime de protection des divulgateurs d'actes répréhensibles en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Dans les trois pays, le principal document traitant des valeurs contient, une protection des fonctionnaires dénonciateurs, ou y est relié. Cependant, le régime de divulgation de chaque pays diffère sensiblement des autres, si bien que le Canada dispose là d'une variété de modèles dont il peut s'inspirer. Signalons que, pour notre étude, nous suivons la pratique néo-zélandaise et britannique consistant à utiliser l'expression « divulgation des actes fautifs » plutôt que la notion de dénonciation. En effet, le dernier terme présente des connotations odieuses de « délation » et « mouchardage » qui sapent l'effort visant à faire de la révélation des irrégularités une partie intégrante et louable des devoirs du fonctionnaire.

L'examen des trois régimes de divulgation ci-dessous ne se veut pas un traitement exhaustif des nombreuses dimensions et complexités de ces régimes. L'accent est mis sur les caractéristiques qui semblent les plus susceptibles d'éclairer les décisions en la matière au Canada. Les principaux sujets abordés pour chaque pays sont : la proportion des employés du secteur public couverts par le régime, la définition des

actes fautifs, les rôles et pouvoirs des principaux acteurs, la protection des divulgateurs contre les représailles, les fausses accusations et l'expérience accumulée jusqu'à ce jour. Nous employons le terme « régime » pour résumer les moyens et mécanismes par lesquels un pays donné gère la divulgation par les fonctionnaires des actes fautifs dans l'administration publique.

2.1
L'Australie

Les articles de la *Public Service Act* (PSA) de 1999 en Australie qui traitent du Code de conduite de la fonction publique sont suivis immédiatement par l'article 16 sur la « protection des dénonciateurs ». Cette disposition, tout comme le reste de la PSA, s'applique à tous les employés du service public. Contrairement aux régimes de divulgation de la plupart des autres pays, dont la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, la PSA ne définit pas des catégories de manquements justifiant la divulgation. En effet, toute dérogation à l'une ou à plusieurs des 13 prescriptions du Code, notamment l'obligation pour les employés de se comporter avec honnêteté et intégrité, est assimilée à une faute. Dans un sondage auprès des employés portant, entre autres, sur la dénonciation, mené par la *Public Service Commission* (PSC), figuraient parmi les exemples cités d'une « transgression sérieuse » du Code la fraude, le vol, le détournement de renseignements personnels sur les administrés, le harcèlement sexuel et la fuite de documents classifiés[7].

Un élément crucial du régime de divulgation australien réside dans le fait que la plupart des dénonciations sont censées être adressées à la direction de l'organisme, qui ouvre une enquête, plutôt qu'à une autorité externe. Dans le cadre des directives minimales données par le *Public Service Commissioner*, la conception des mécanismes de gestion des divulgations est laissée aux soins des organismes eux-mêmes. La PSA impose aux dirigeants des organismes d'établir des procédures pour la réception des rapports de divulgation et la détermination de

l'existence d'infractions au Code. Elle donne également à ses dirigeants le pouvoir d'imposer des sanctions le cas échéant. Les organismes sont obligés de faire enquête sur les rapports de divulgation à moins qu'ils ne les considèrent comme futiles ou vexatoires. Les organismes sont également tenus d'appliquer les procédures régulières aux divulgations anonymes dès lors qu'elles sont accompagnées de preuves suffisantes pour justifier une enquête.

Un fonctionnaire peut présenter un rapport de divulgation directement au *Public Service Commissioner* ou encore au *Merit Protection Commissioner*, mais ces derniers ne peuvent donner suite que s'ils conviennent que l'affaire est trop délicate pour être divulguée à un dirigeant d'organisme (p. ex., si ce dernier est mis en cause). En outre, un employé peut adresser une allégation aux commissaires lorsqu'il a déjà présenté un rapport de divulgation à l'organisme mais n'est pas satisfait du résultat de l'enquête. Les commissaires refuseront de donner suite à une plainte qu'ils jugent frivole ou vexatoire. Tant les commissaires que les organismes sont tenus de respecter l'équité procédurale au cours de leurs enquêtes. À la suite de leurs investigations, les commissaires n'ont le pouvoir que de recommander, et non pas d'imposer, des mesures correctrices à l'agence. Dans la pratique, les dirigeants de ces dernières suivent habituellement, mais pas toujours, les recommandations.

L'article relatif à la dénonciation de la PSA stipule que les employés qui signalent ou allèguent des violations du Code ne doivent pas faire l'objet de brimades ou de discrimination. Des représailles contre des employés dénonçant des actes fautifs constitueraient en soi une infraction au Code et pourraient de ce fait déclencher une enquête de la PSC. Si nécessaire, le *Public Service Commissioner* pourrait recommander au ministre de sanctionner les représailles [illegible] dans un organisme, mais dans la pratique, ces affaires sont traitées presque exclusivement à l'interne[7].

Du fait que la législation sur la divulgation australienne ne remonte qu'à 1999, il est prématuré de tirer des conclusions fermes sur son efficacité à long terme. Le nombre des dénonciations d'actes fautifs jusqu'à présent est étonnamment faible. En 2003-2004, le nombre de manquements signalés en vertu de l'article 16 n'est que de 2 p. 100 environ des infractions totales déclarées. On peut penser, toutefois, que certains organismes ne classent pas correctement les plaintes de dénonciateurs reçues[77]. Au cours de la même période, le *Merit Protection Commissioner* a reçu six rapports de divulgation, dont un seul a été retenu pour enquête. Les irrégularités signalées englobaient des affaires d'administration du personnel telles que les droits à congé et la probation, des actes de harcèlement et des décisions de recrutement[78]. Le *Public Service Commissioner* a reçu 12 rapports. Les quatre retenus pour enquête traitaient de points tels que l'abus de pouvoir par un dirigeant d'organisme et un haut fonctionnaire, et le non-respect de la Loi par rapport à une demande de congé[79].

Dans un sondage mené aux fins du « State of the Service Report » de 2003-2004, 22 p. 100 des employés se sont dits faiblement assurés qu'ils ne subiraient pas des brimades ou de la discrimination pour avoir dénoncé une violation sérieuse du Code mettant en jeu leur supérieur hiérarchique (25 p. 100 lorsqu'il s'agit d'autres gestionnaires et 19 p. 100 de collègues)[80]. Le sondage a montré également que les employés qui avaient été directement témoins d'un manquement grave se sentaient beaucoup moins sûrs d'être protégés contre les représailles[81].

L'ébauche du rapport d'évaluation du Système national d'intégrité de l'Australie de 2004 décrit le régime de divulgation mis en place par l'article 16 comme inadéquat et estime « non convaincante » l'affirmation de la *Public Service Commission* que le régime fonctionne bien[82]. Parmi les déficiences signalées dans le rapport figure le fait que le régime ne s'applique qu'aux employés de la FPA plutôt qu'à l'ensemble du secteur public; que la nature des aspects couverts est trop vague; que la protection

contre les représailles est limitée et « [Traduction] qu'il n'existe pas de capacité claire et indépendante de conduire des enquêtes ou d'imposer des mesures correctrices étant donné les pouvoirs limités que la Loi confère à la *Public Service Commission* »[37].

2.2
La Nouvelle-Zélande

La *Protected Disclosures Act 2000* (PDA) de la Nouvelle Zélande a pris effet le 1er janvier 2001. Cette loi couvre les employés aussi bien du secteur public que du secteur privé. Elle vise les actes fautifs graves dans les catégories suivantes :

- l'utilisation illégale, corrompue ou irrégulière de fonds ou ressources publiques;
- un acte, une omission ou une conduite qui présente un risque grave pour la santé ou la sécurité publique ou l'environnement;
- un acte, une omission ou une conduite qui présente un risque grave pour le respect de la légalité, notamment la prévention, l'investigation et la détection des délits et le droit à un procès équitable;
- une omission, une conduite ou un acte illégal;
- une omission, une conduite ou un acte qui est oppressif, indûment discriminatoire ou gravement négligent ou qui constitue une gabegie flagrante.

Les employés dénonciateurs sont protégés dans la mesure où ils remplissent certaines conditions. En substance, ils sont protégés si leur divulgation porte sur des fautes commises dans les secteurs publics ou privés, s'ils ont des motifs raisonnables de croire que l'allégation est vraie ou susceptible d'être vraie, si le but qu'ils poursuivent est l'ouverture d'une enquête sur une faute grave et s'ils souhaitent être protégés.

Il existe également des contraintes de procédure. Comme en Australie, la Loi néo-zélandaise exige, de manière générale, que les divulgations soient faites conformément aux procédures internes de l'organisation. Les arguments avancés en faveur de ce système de divulgation interne sont qu'il assure qu'aucune divulgation légitime n'est faite à l'insu de l'organisation; qu'il accroît la participation de l'organisation, son information et son contrôle sur des problèmes potentiellement graves; et qu'il renforce les communications de l'organisation, sa culture et sa réputation auprès du personnel, des administrés et du public[39].

Un rapport de divulgation peut être présenté directement aux dirigeants de l'organisation si celle-ci n'a pas de procédures internes établies en la matière ou si le divulgateur a des motifs raisonnables de croire que la personne autorisée à recevoir la plainte est impliquée dans l'acte fautif ou des relations avec une personne impliquée. En outre, la divulgation doit être faite à « une autorité appropriée » externe si le divulgateur a des motifs raisonnables de croire que le dirigeant de l'organisation est impliqué dans l'acte fautif, si le renvoi immédiat à une autorité appropriée est justifié par l'urgence ou si aucune suite n'est donnée à une divulgation dans un délai de 20 jours. Enfin, dans certaines circonstances (par exemple, si l'autorité appropriée à laquelle la divulgation est faite décide de ne pas donner suite), la divulgation peut être faite à un ministre ou à un médiateur.

La Loi dresse une liste remarquablement longue d'autorités appropriées, dont le contrôleur et le vérificateur général, le commissaire de police, le *State Services Commissioner*, le directeur du *Serious Fraud Office*, le chef de chaque organisation publique et les médiateurs. Ces derniers sont des mandataires du Parlement, indépendants de l'administration, auxquels la PDA attribue spécifiquement, contrairement aux autres autorités, la responsabilité de tâches telles qu'informer et guider les divulgateurs et faire office de seule autorité appropriée pour certains ministères. Un examen du fonctionnement de la Loi publié fin 2003 concluait que le

changement le plus bénéfique serait une intervention plus grande de la part d'une autorité telle que *l'Office of the Ombudsmen* afin de donner une assistance aux divulgateurs, de coordonner le renvoi des affaires aux organismes appropriés et de suivre l'application de la Loi[17].

Advenant que des employés subissent des représailles suite à une divulgation, ils peuvent déposer un grief personnel en vertu de la législation sur les relations de travail. Ils sont également protégés contre les poursuites civiles, pénales ou disciplinaires « [Traduction] en dépit de toute interdiction ou restriction applicable à la divulgation d'information en vertu de tout texte de loi, toute règle de droit, tout contrat, tout serment ou toute pratique » (article 18). Enfin, la PDA protège fortement la confidentialité de l'identité du divulgateur. Cependant, ces protections ne s'appliquent pas si le divulgateur formule une allégation qu'il sait fausse ou agit d'une autre façon de mauvaise foi.

L'expérience de la Nouvelle-Zélande avec son régime de divulgation est encore plus courte que celle de l'Australie. Comme en Australie, le nombre de fautes graves signalées a été remarquablement faible. Les raisons avancées pour l'expliquer sont très similaires à celles données dans les autres régimes de type Westminster mais sont hautement spéculatives. Elles comprennent l'argument que les organismes individuels réagissent efficacement aux fautes graves signalées, si bien qu'il n'est pas nécessaire de faire intervenir d'autres autorités, que les types d'actes fautifs définis dans la PDA sont rares, que l'existence de la PDA n'est pas suffisamment connue, que les employés ne croient pas qu'ils seront adéquatement protégés s'ils dénoncent des irrégularités, et que les gens n'aiment pas l'idée de dénoncer les manquements réels ou éventuels d'autrui[18].

L'examen de 2003 a mis au jour plusieurs déficiences de la PDA, notamment son application inconstante, le nombre excessif « d'autorités appropriées » et la conviction que l'identité des divulgateurs ne pourra être gardée secrète. L'examen a également conclu que la PDA

fonctionnait bien là où ses dispositions ont été incorporées dans la culture de gestion du risque d'une organisation et celle de ses institutions responsables de la déontologie[97]. La PDA est formellement reliée au Code de conduite de la fonction publique au moyen d'un résumé d'une demi-page des objectifs et caractéristiques principales de la PDA inséré dans le Code.

2.3
Le Royaume-Uni

Comparé au Code néo-zélandais, le Civil Service Code britannique s'intéresse de beaucoup plus près à la divulgation des actes fautifs. De fait, les dispositions relatives à la dénonciation dans le Code britannique font partie intégrante du régime de divulgation. L'autre mécanisme majeur est contenu dans la *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) promulguée en juillet 1999. La PIDA couvre non seulement tous les employés du secteur public (services de sécurité exceptés) mais aussi ceux du secteur privé.

Les catégories de manquements dont la révélation ouvre droit à la protection sont similaires à celles de la PDA néo-zélandaise, à savoir :

- un délit criminel;
- le manquement à une obligation légale;
- le déni de justice;
- l'atteinte à la santé ou à la sécurité d'une personne;
- l'atteinte à l'environnement;
- la dissimulation délibérée d'informations susceptibles de trahir l'une ou l'autre de ces irrégularités.

En outre, le *Civil Service Code* stipule que les employés doivent signaler toute occurrence où on leur demande d'agir d'une manière qui :

- est illégale, irrégulière ou contraire à l'éthique;
- est en contravention d'une convention constitutionnelle ou d'un code professionnel;
- met en jeu une éventuelle gestion fautive; ou
- est autrement contraire au Code.

On recommande également aux employés de signaler tout indice d'activité criminelle ou illégale et toute infraction au Code venant à leur connaissance ou tout cas où on leur demande d'agir d'une manière qui « pose un problème fondamental de conscience ».

En Australie, on *attend* des employés qu'ils déclarent les actes fautifs tout d'abord à l'intérieur de leur organisme et on les y *encourage*. Au Royaume-Uni, comme en Nouvelle-Zélande, la divulgation interne est *obligatoire*, sous réserve de quelques exceptions. Les ministères britanniques sont tenus de mettre en place des procédures clairement définies pour le traitement des rapports de divulgation. La PIDA établit un ensemble complexe de procédures de divulgation réparties en quatre catégories. La première catégorie, la *divulgation interne*, représente la procédure ordinaire par laquelle les employés signalent les actes fautifs tout d'abord au sein de leur ministère. Il existe trois catégories de divulgation externe : les divulgations réglementaires, les divulgations plus larges et les divulgations d'affaires exceptionnellement graves. Ces divulgations peuvent être faites à une série d'entités (telles que les ministres, les députés, les médias). Le recours à ces mécanismes est justifié par des considérations telles que la possibilité que les preuves soient détruites ou la gravité de la faute alléguée. Le *Civil Service Code*, qui s'applique uniquement aux employés du secteur public, dispose que les employés qui considèrent que leur ministère n'a pas donné des suites raisonnables à leur divulgation peuvent en appeler aux *Civil Service Commissioners*, un organe indépendant. Si ce dernier, après enquête,

accueille l'appel, il recommande des mesures de redressement au ministère concerné. Le gouvernement britannique, dans son document de consultation sur une éventuelle loi sur la fonction publique, approuve l'idée de permettre aux fonctionnaires de porter leur plainte directement devant les commissaires si l'obligation de formuler l'allégation d'abord aux autorités internes risque d'être dissuasive[40].

La PIDA protège contre les représailles l'auteur d'une divulgation légitime faite dans le respect des procédures prescrites par la Loi mais qui devient victime de brimades ou est congédié du fait de ses révélations. Les employés peuvent demander réparation auprès d'un tribunal de l'emploi. La PIDA ne protège pas explicitement l'identité du divulgateur, pas plus qu'elle ne prévoit de sanctions pour fausses allégations.

Comme en Australie et en Nouvelle-Zélande, on possède très peu de données sur l'efficacité du régime de divulgation britannique. *Public Concern at Work*, une organisation de soutien aux dénonciateurs, fait état de plus de 1 200 recours d'employés pour représailles aux tribunaux de l'emploi au cours des trois premières années de la PIDA, mais l'on ne sait pas combien de ces plaintes concernent le secteur public[41]. Les *Civil Service Commissioners* n'ont entendu aucun appel en 2003-2004[42]. Le comité parlementaire sur les normes de la vie publique a donné son « approbation expresse » à plusieurs principes de bonne pratique en matière de divulgation présentés par *Public Concern at Work*. Ces principes consistent à faire en sorte que les employés connaissent les mécanismes de divulgation et leur fassent confiance; que les employés aient accès à des avis réalistes sur les répercussions de la divulgation sur le plan de l'ouverture et de la confidentialité; qu'il y ait un examen continu du fonctionnement des procédures dans la pratique; et que les employés soient routinièrement informés des canaux de divulgation à leur disposition[43].

Étant donné les complexités des régimes de divulgation, il est utile de résumer leurs principales caractéristiques dans les trois pays à régime

de type Westminster et de les comparer brièvement avec la Politique sur la divulgation interne (PDI) actuellement en vigueur dans l'administration fédérale du Canada.

Aucun des trois régimes ci-dessus n'a suscité un nombre notable de révélations d'actes fautifs graves de la part de fonctionnaires. Le sondage australien auprès des employés indique que ce résultat peut s'expliquer en grande partie par le fait que les fonctionnaires ne sont pas convaincus d'être adéquatement protégés contre les représailles. C'est l'explication la plus fréquente donnée également en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Tant l'expérience de ces trois pays que le bon sens amènent à conclure qu'une protection adéquate contre les représailles doit être placée au cœur de tout régime de divulgation. Toutefois, d'autres éléments encore peuvent contribuer à la protection contre les représailles et sont indispensables si l'on veut un régime de divulgation globalement efficace. Les trois pays divergent sensiblement quant à leur traitement de ces trois éléments.

Tant la Nouvelle-Zélande que le Royaume-Uni ont une loi sur la divulgation qui protège à la fois le secteur privé et le secteur public, alors que le régime australien ne couvre que le second et est incorporé à une loi sur la fonction publique couvrant divers aspects de la gestion des ressources humaines. Dans les trois pays, le régime de divulgation s'applique à un large éventail d'employés du secteur public, un éventail plus large que celui couvert par la PDI au Canada.

Les lois de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni définissent les mêmes catégories d'actes fautifs que celles que l'on trouve habituellement dans les régimes de divulgation ailleurs dans le monde, alors que la PSA australienne qualifie d'actes répréhensibles les infractions à son code de conduite. La PDI canadienne combine ces deux approches en dressant une liste des justifications conventionnelles de la divulgation, mais en y incluant la dérogation au *Code des valeurs et de l'éthique* comme catégorie de manquement.

Les fonctionnaires tendront à être déroutés par un régime de divulgation qui désigne plusieurs autorités en dehors de leur ministère ou organisme auxquelles des divulgations peuvent être faites. La Nouvelle-Zélande désigne plusieurs autorités, et même l'Australie et le Royaume-Uni en proposent plus qu'une. Là où plusieurs autorités externes sont disponibles, les fonctionnaires devraient pouvoir déterminer facilement laquelle est la plus susceptible de donner suite efficacement à leurs préoccupations. La PDI canadienne érige un Bureau de l'intégrité de la fonction publique, lequel reçoit les divulgations des fonctionnaires qui estiment qu'une divulgation ne peut raisonnablement être faite au sein de leur propre organisme ou qu'une divulgation qu'ils y ont déjà faite n'a pas reçu les suites voulues. Ainsi, le Canada possède une autorité unique, mais qui est située à l'intérieur de la fonction publique et qui est largement perçue comme insuffisamment indépendante du gouvernement.

Les fonctionnaires en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni doivent épuiser les recours internes avant d'en appeler à une autorité externe, alors que ceux de l'Australie sont censés le faire également mais sans y être tenus. La justification du recours au système de divulgation interne a été expliquée plus haut dans le cas de la Nouvelle-Zélande. Les mêmes raisons valent pour l'Australie et le Royaume-Uni — et aussi pour le Canada, où les fonctionnaires, aux termes de la PDI, doivent recourir aux procédures internes pour dénoncer des actes fautifs.

L'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni accordent tous aux fonctionnaires qui dénoncent des irrégularités une protection contre les représailles. Au Canada, la PDI permet aux fonctionnaires de se plaindre de représailles auprès d'un « agent supérieur » (qui est chargé de recevoir les divulgations et de gérer les procédures de divulgation au sein de l'organisation) ou auprès de l'agent de l'intégrité de la fonction publique. Ils peuvent recourir encore à d'autres mécanismes de redressement spécifiques. Étant donné qu'il est impossible d'exercer des

représailles contre les divulgateurs dont l'identité reste confidentielle, les dispositions relatives à la confidentialité dans chaque régime de divulgation sont extrêmement importantes. Ces dispositions semblent être les plus rigoureuses en Nouvelle-Zélande et les plus faibles au Royaume-Uni. La PDI canadienne signale que la confidentialité des divulgations est assujettie à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur l'accès à l'information* et que l'agent supérieur ministériel et l'agent de l'intégrité de la fonction publique expliqueront les paramètres de la confidentialité aux divulgateurs. Cette approche est peu susceptible d'encourager les fonctionnaires à faire des révélations, mais la réalité est qu'il existe une contradiction entre le devoir de préserver l'anonymat du divulgateur et les principes de la justice naturelle, notamment le droit de connaître l'identité de son accusateur.

3 Construire une protection forte des divulgateurs sur une assise solide de valeurs

3.1 La protection des divulgateurs

L'expérience des autres régimes de type Westminster que nous avons examinés ci-dessus peut inspirer les décisions du Canada quant à la meilleure façon de protéger les divulgateurs et de promouvoir les valeurs et l'éthique dans la fonction publique. Il ne faut pas perdre de vue que l'expérience de ces pays est courte. L'analyse comparative et l'expérience canadienne démontrent toutes deux que si l'on veut rendre le régime de divulgation du Canada crédible aux yeux du public, il doit être rigoureux. Vu l'expérience ailleurs, il est risqué d'affirmer catégoriquement qu'un régime solide sera nécessairement efficace. Mais il est toutefois probable qu'un régime statutaire fort sera *plus* efficace que l'actuel qui ne s'appuie que sur une politique.

Dans une large mesure, les éléments souhaitables d'un régime canadien ont été esquissés début 2004 par le Groupe de travail sur la divulgation

des actes fautifs, un groupe externe[44]. Les délibérations du Groupe de travail se sont déroulées au milieu d'une intense préoccupation du public, des médias et des milieux politiques concernant des actes fautifs dans l'administration qui ont conduit à la création de la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires (la Commission Gomery)[45]. Alors que, dans ce court rapport, nous ne pouvons passer en revue les faits et allégations relatifs aux agissements contraires à l'éthique et illégaux mis au jour ces dernières années, il est clair qu'il en a résulté un large appui public à un régime de divulgation plus fort. L'agent de l'intégrité de la fonction publique, qui a été nommé en 2001 aux termes de la PDI, a plaidé de façon convaincante pour un régime plus vigoureux. Dans son premier rapport annuel[46], déposé au Parlement en septembre 2003, il recommandait d'améliorer le mécanisme de divulgation actuel en inscrivant le Bureau de l'intégrité de la fonction publique (BIFP) dans une loi plutôt que dans une politique. Le rapport recommandait également que le BIFP ne soit plus placé sous la tutelle du Conseil du Trésor et soit doté d'un statut indépendant, ce qui en accroîtrait la crédibilité et stimulerait les divulgations d'actes contraires à l'intérêt public par opposition à celles motivées principalement par des préoccupations liées à l'emploi.

Le Groupe de travail a formulé des recommandations similaires[47]. Nous en reproduisons ci-dessous plusieurs car elles représentent une solution canadienne aux problèmes mis en lumière dans les chapitres comparatifs de la présente étude. Elles ont aussi sensiblement influencé la teneur des projets de loi C-25 et C-11 sur la protection des divulgateurs. Parmi les 34 recommandations du Groupe de travail, nous citerons celles-ci :

1) Un nouveau régime législatif est requis pour la divulgation d'actes fautifs.

3) Un régime de divulgation devrait couvrir autant d'employés du secteur public fédéral que possible, y compris ceux des sociétés d'État et des employeurs distincts du gouvernement.

4) Le régime devrait être fondé sur une définition des « actes fautifs » semblable à celle utilisée dans la politique actuelle, mais elle devrait être raffinée et étendue de façon à inclure les dérogations graves ou flagrantes au *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*, ainsi que les représailles menées en réplique à des divulgations d'actes fautifs faites de bonne foi.

5) Un nouveau « Bureau » devrait être créé qui conserverait les fonctions de l'actuel Bureau de l'intégrité de la fonction publique et agirait à titre d'organisme d'enquête indépendant dans les situations impliquant la divulgation d'actes fautifs.

6) Le nouveau « Bureau » devrait être un agent du Parlement et devrait lui rendre des comptes soit directement ou par le biais d'un ministre.

9) Le Bureau devrait être autorisé à examiner toutes les allégations qui lui paraissent mériter son attention, quelle que soit leur provenance, à condition qu'il y ait de bonnes raisons de croire qu'un acte fautif a eu lieu ou se prépare à avoir lieu.

11) Bien que les fonctionnaires doivent être encouragés à employer les mécanismes de divulgation interne des organismes pour lesquels ils travaillent, ils devraient avoir l'autorisation de soumettre leurs allégations directement au Bureau.

16) Pour protéger adéquatement l'information en lien [sic] avec ces enquêtes, le Bureau devrait être soumis à une interdiction légale de diffuser cette information, dans la mesure du possible.

17) L'identité d'une personne divulguant des actes fautifs devrait être protégée, dans une mesure compatible avec les principes de justice naturelle.

23) L'usage intentionnel des mécanismes de divulgation à des fins clairement inappropriées devrait être sujet à des mesures disciplinaires, ces dernières pouvant aller jusqu'au congédiement.

Le Groupe de travail a rencontré quelque résistance à son idée d'appliquer le régime de divulgation, dans toute la mesure du possible, à l'ensemble du secteur public, sociétés d'État et organismes publics compris. Le Groupe a fait valoir que ces entités non ministérielles devraient à tout le moins être tenues d'adopter des régimes de divulgation internes inspirés du modèle préconisé dans le rapport. La résistance à cette recommandation a été entamée par des révélations et allégations ultérieures mettant en jeu des responsables de certaines sociétés d'État.

Outre les recommandations ci-dessus, le Groupe de travail a préconisé que le poste d'agent supérieur de chaque ministère soit renforcé de telle façon que les fonctionnaires n'hésitent pas à exprimer leurs préoccupations au sein du ministère au lieu de s'adresser à une autorité externe. Bien que le Groupe de travail ait conclu qu'il convenait d'encourager fortement les fonctionnaires à épuiser les recours internes avant de soumettre leurs allégations à une autorité externe, il a estimé qu'il fallait leur « offrir la possibilité *de porter leurs cas directement auprès du Bureau, sans avoir à épuiser tous les recours que leur offrent les mécanismes internes de divulgation* »[55]. Cette option n'existe pas dans les autres systèmes de type Westminster.

Alors que quelques fonctionnaires sont impliqués dans les allégations récentes de malversations dans l'administration, un nombre relativement important de personnalités politiques, de personnes nommées par décret et de responsables de partis figurent au rang des accusés. Dans ce contexte, le Groupe de travail a relevé que la PDI actuelle ne permet pas au BIEP de « pousser son enquête au-delà des limites de la fonction publique ». En vue de promouvoir l'éthique dans l'administration gouvernementale en général, le Groupe a estimé qu'avec le nouveau régime proposé, « on doit pouvoir remonter à la source des actes fautifs supposés, que ceux-ci découlent d'une décision prise au sein de la hiérarchie administrative ou d'une demande, voire d'un ordre, en

provenance du bureau d'un ministre »[67]. Il est souhaitable également qu'un agent d'intégrité faisant enquête sur des divulgations de fonctionnaires puisse coordonner ses efforts avec d'autres organes d'enquête, dont le commissaire à l'éthique de la Chambre des communes et le conseiller sénatorial en éthique.

Le Groupe de travail n'a pas spécifié d'arrangements institutionnels pour le régime de divulgation, hormis la création d'un nouveau bureau pour remplacer l'actuel Bureau de l'intégrité de la fonction publique qui ferait office d'organe d'enquête indépendant rendant compte au Parlement, soit directement soit par l'intermédiaire d'un ministre. Lors des audiences du Comité parlementaire sur le projet de loi C-11, un vif débat s'est déroulé sur l'opportunité de créer un nouveau bureau, ou s'il conviendrait plutôt d'ajouter la gestion du régime de divulgation aux responsabilités de la Commission de la fonction publique ou à celles du Bureau du vérificateur général. La plupart des témoins ont argué qu'un commissariat de l'intégrité de la fonction publique distinct serait la solution la plus crédible et la plus efficace.

L'expérience de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni donne à penser que la crainte de représailles constitue la raison primordiale de la réticence des fonctionnaires à dénoncer des manquements graves. Lors des récents scandales au Canada, on s'est souvent demandé pourquoi les fonctionnaires au courant des actes fautifs ne les ont pas dénoncés. Une étude effectuée en 2003 pour le Secrétariat du Conseil du Trésor jette un peu de lumière sur cette question. L'étude était motivée par des allégations d'irrégularités au Commissariat à la protection de la vie privée. Les principales raisons avancées par les employés pour l'absence de divulgation étaient « la peur de représailles (92 p. 100) et le manque de confiance en la capacité des gestionnaires (69 p. 100) et en l'intention de protéger les employés (58 p. 100). Parmi les autres obstacles figuraient le manque de compréhension de la politique (35 p. 100), une culture favorisant

l'acceptation (25 p. 100) et [le manque de] compréhension des valeurs de la fonction publique (21 p. 100) »[10]. Moins de la moitié des 48 employés interrogés savaient qu'ils seraient protégés par la PDI s'ils divulguaient les irrégularités et seuls trois considéraient qu'ils bénéficieraient d'une protection adéquate. Il importe de rappeler que la PDI n'a été adoptée qu'en 2001[11].

Le régime de divulgation que le Groupe de travail envisageait pour le Canada est plus vigoureux que ceux de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Il assurerait une protection plus robuste que la PDI actuelle. En outre, une législation faible en matière de divulgation, comme celle mise en place par le projet de loi C-25, est vouée à l'échec. Même un régime de divulgation solide ne peut garantir que les fonctionnaires dénonceront tous les manquements graves, ou même la plupart.

La réticence des fonctionnaires à divulguer les actes fautifs en dépit d'une protection légale constitue l'un de plusieurs arguments avancés par les adversaires d'une législation en matière de divulgation au Canada[12]. Parmi ces arguments figure le fait que la PDI ne remonte qu'à quatre ans, que son existence et son contenu restent encore mal connus et que la politique pourrait devenir avec le temps un mécanisme plus efficace et donc plus crédible. Un autre argument de nature générale veut qu'il soit extrêmement difficile de trouver dans une loi le juste équilibre entre des considérations rivales. Une législation aurait comme objectif majeur d'encourager les fonctionnaires à dénoncer les actes fautifs tout en les préservant de représailles. Cependant, ces deux considérations doivent être pondérées non seulement l'une à la lumière de l'autre, mais également par rapport à la protection nécessaire des prétendus fautifs contre des accusations frivoles ou vexatoires qui pourraient injustement entacher leur réputation. En outre, pour mettre l'employé divulgateur à l'abri des représailles, son identité doit être tenue confidentielle, mais les principes de la justice naturelle veulent que, dans des limites

raisonnables, la personne incriminée connaisse l'identité de son accusateur. Le commissaire à l'information du Canada a souligné la difficulté de trouver le juste équilibre en déplorant le fait que le projet de loi C-11 modifie la *Loi sur l'accès à l'information* de manière à tenir confidentiels pendant 20 ans tous les documents en rapport avec une allégation[17]. Enfin, il y a une réticence à ajouter la fonction de commissaire à l'intégrité publique à ce qui est déjà une longue liste de mandataires du Parlement.

L'on aurait moins à se débattre avec des questions difficiles dans la pratique si l'on parvenait à décourager les comportements fautifs en premier lieu. Dans ce contexte, il importe de noter que le mandat du Groupe de travail ne se limitait pas à la divulgation. Le Groupe était invité à déterminer dans quelle mesure le fait d'insister sur les valeurs du service public et l'éthique pourrait « contribuer de façon positive à stimuler la divulgation d'actes fautifs et l'adoption d'une éthique gouvernementale plus rigoureuse ». La réponse du Groupe a été de proposer que ces recommandations sur la divulgation soient inscrites dans un cadre positif de valeurs et de déontologie et non pas simplement dans une loi qui serait axée exclusivement sur les actes fautifs. Cette approche démontrerait aux Canadiens que l'on veut encourager la rectitude que requièrent les valeurs fondamentales du service public et que les écarts de conduite, lorsqu'ils surviennent, seront dévoilés et sanctionnés. Il faut des moyens efficaces non seulement pour dissuader à court terme la commission d'actes fautifs mais aussi pour promouvoir à plus long terme une culture de probité. Le Groupe a fait observer que la vaste majorité des fonctionnaires sont des professionnels honnêtes et zélés à qui il ne viendrait pas à l'esprit de commettre des actes contraires à l'éthique ou à la loi et que ce serait, pour le Parlement, envoyer un message erroné aux Canadiens que de se concentrer exclusivement sur une loi relative à la divulgation.

3.2
La charte de la fonction publique

La divulgation des actes répréhensibles n'est que l'une des nombreuses considérations relatives aux valeurs que doit couvrir une charte de la fonction publique. En outre, le Groupe de travail fait promet un énoncé de principes qui ne se limite pas à définir les valeurs fondamentales du service public mais qui établit aussi « un nouveau contrat moral entre la fonction publique, le gouvernement *et le Parlement du Canada* »[77]. En particulier, cet énoncé engloberait des principes clarifiant les relations entre les fonctionnaires et les comités parlementaires — « une activité où les valeurs et les conventions de la fonction publique ont été soumises à des pressions considérables au cours des dernières années »[78].

M. Ralph Heintzman, le directeur général du Groupe de travail, a ultérieurement explicité cette idée d'un contrat moral faisant partie intégrante d'une charte de la fonction publique[79]. Puis, comme on l'a déjà vu, le Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs a recommandé que les ministres et le Parlement envisagent une législation inscrivant le régime de divulgation dans le cadre plus large des valeurs et de l'éthique de la fonction publique. Le Groupe de travail a argüé que ce serait une occasion pour le gouvernement et le Parlement de conclure un contrat moral entre la branche élue et la branche non élue du gouvernement « en tant que fondement nécessaire des valeurs de la fonction publique et des principes d'une saine éthique gouvernementale »[80]. Cette approche ferait que « les ministres et les députés seraient liés par la loi autant que les fonctionnaires à l'appui d'une fonction publique professionnelle dévouée à l'intérêt public »[81]. La proposition du Groupe de travail, en substance, constituait un plaidoyer pour une charte de la fonction publique qui ne se contenterait pas de dresser une liste des valeurs fondamentales du service public. Cette charte expliquerait la position constitutionnelle de la fonction publique en inscrivant les valeurs fondamentales dans le contexte plus

large d'une relation trilatérale entre les fonctionnaires, le gouvernement et le Parlement.

En avril 2004, le gouvernement fédéral a introduit le projet de loi C-25 — *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* — qui a ensuite été renvoyé au Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires de la Chambre des communes. Le préambule du projet de loi reconnaît qu'il est possible d'accroître la confiance du public dans les institutions publiques par la création de mécanismes efficaces de divulgation des actes répréhensibles et de protection des fonctionnaires divulgateurs et par l'adoption d'un code de conduite du secteur public. En outre, le projet de loi engage le gouvernement à « adopter une Charte des valeurs du service public énonçant les valeurs qui guident les fonctionnaires dans leur conduite et leurs activités professionnelles ». L'article 4 du projet de loi oblige le Conseil du Trésor à établir un code de conduite. Le préambule du projet de loi C-11, une version révisée du projet de loi C-25 qui a été renvoyé au Comité en novembre 2004, contient des préceptes identiques.

On a largement reproché au projet de loi C-25 de n'être qu'une réponse faible ou inadéquate aux recommandations du Groupe de travail et aux préoccupations des Canadiens de tous horizons qui ont témoigné. Le projet de loi C-11, qui intégrait nombre des recommandations du Groupe, a reçu un accueil beaucoup plus positif. Il faut toutefois signaler que pratiquement tous les témoins qui se sont exprimés sur le projet de loi C-11 ont préconisé des changements additionnels. Ce que M. Keyserlingk, l'actuel agent de l'intégrité de la fonction publique, a dit du projet de loi C-25 s'applique également au projet de loi C-11. Il a fait observer que le projet de loi « ne contient aucun cadre d'éthique et de valeurs et ne reflète pas de façon discernable les principes directeurs et les priorités qui devraient se retrouver dans une telle mesure »[59]. Contrairement à la PSA australienne, le projet de loi C-11 n'assoit pas le régime de divulgation sur des valeurs

fondamentales du service public telles que la reddition de comptes et la probité. Il n'incorpore pas non plus un énoncé de valeurs ni un code de conduite dans la loi elle-même. Le projet de loi engage le gouvernement à adopter une charte et un code, mais sans spécifier la forme que ces derniers prendraient. Il importe, par conséquent, d'envisager diverses options pour assurer la protection des divulgateurs et une assise pour les valeurs du service public et, plus généralement, une administration gouvernementale éthique au Canada.

Parmi les options possibles figurent :

- une loi sur la divulgation et un énoncé des valeurs/code de conduite imposé par un organisme central sous l'autorité d'une loi sur la fonction publique — l'approche néo-zélandaise;

- une loi sur la divulgation et un énoncé des valeurs/code de conduite distinct faisant partie des conditions d'emploi et contenant également des dispositions sur la divulgation — similaire à l'approche britannique;

- une loi avec un énoncé des valeurs et un code de conduite comme éléments centraux, mais assurant également la protection des divulgateurs — l'approche australienne;

- une loi avec une charte de la fonction publique et un code de conduite comme élément central mais assurant également la protection des divulgateurs — une variante de l'approche australienne;

- une loi *mettant l'accent* sur la divulgation des actes fautifs mais *exigeant* l'adoption distincte d'une charte de la fonction publique et d'un code de conduite — l'approche du projet de loi C-11 au Canada;

- une loi *mettant l'accent sur* la divulgation des actes fautifs mais *exigeant* l'adoption distincte d'une charte de la fonction publique et d'un code de conduite *sous la forme d'une loi ou d'une résolution parlementaire* — une variante de l'approche du projet de loi C-11;

- une loi sur la divulgation et une loi distincte (ou résolution parlementaire) établissant une charte de la fonction publique et un code de conduite;

- une loi sur la divulgation et une loi distincte (ou résolution parlementaire) établissant une charte de la fonction publique qui sous-tend un code de conduite distinct.

Les options 4 à 8 sont probablement les plus faciles à accepter par les divers acteurs politiques intéressés à promouvoir la rectitude et à prévenir l'inconduite dans l'administration gouvernementale canadienne. L'option préférée dépendra dans une certaine mesure du lien souhaité entre la charte et la protection des divulgateurs (soit les deux groupés dans le même document ou bien simplement l'un renvoyant à l'autre). Une autre considération importante sera l'évaluation que chacun fait des arguments pour et contre l'adoption d'une charte sous forme de loi ou de résolution parlementaire, plutôt que sous une forme non législative telle qu'une politique ou un décret. L'inscription d'une charte dans une loi ou une résolution parlementaire pourrait :

- traduire et symboliser un soutien politique fort à la charte, notamment le soutien de parlementaires ainsi que de ministres;

- susciter un plus grand intérêt du grand public, des parlementaires et des médias pour la charte, en accroître la connaissance et en promouvoir le respect;

- informer le public de manière hautement visible des valeurs que défendent les fonctionnaires, ainsi que des droits et responsabilités de ces derniers vis-à-vis des politiciens;

- promouvoir un plus fort soutien bipartisan pour la charte;

- établir une assise légale solide pour la promotion et l'observation de la charte.

Une charte sous forme de politique ou de décret pourrait :

- informer quelque peu le public des valeurs auxquelles les fonctionnaires adhèrent ainsi que de leurs droits et responsabilités vis-à-vis des politiciens;
- être plus facile à adopter qu'une loi;
- être plus facile à modifier qu'une loi;
- éviter les conflits partisans sur sa forme et son contenu.

Dans le contexte gouvernemental, le mot « charte » a été appliqué à toute une diversité de documents, depuis la *Grande charte*, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la Charte du service public de l'État du Queensland (Australie)[47]. Ce dernier document n'est guère plus qu'un énoncé de valeurs. Il n'a pas été parrainé ou formellement avalisé par les représentants élus de l'État, mais plutôt adopté par la fonction publique elle-même à titre de déclaration des engagements des fonctionnaires envers le public, le gouvernement et le professionnalisme de la fonction publique. Il s'agit là d'un flux d'engagements unidirectionnel qui n'impose aucune obligation réciproque au gouvernement ou au Parlement.

Dans le présent rapport, nous employons le terme charte dans un sens plus strict pour désigner une déclaration des droits et responsabilités conférés par les législateurs élus. Qu'une charte soit promulguée par le Cabinet seul serait un pis-aller. Une charte de la fonction publique devrait englober — sans s'y limiter — un énoncé des valeurs fondamentales du service public de façon à préciser la position constitutionnelle de la fonction publique par rapport au pouvoir politique. La légitimité de la charte se verrait donc renforcée par l'aval officiel de l'assemblée législative. Une résolution parlementaire pourrait accomplir la même chose. En outre, la charte devrait suivre l'exemple

du *Civil Service Code* britannique qui indique qu'il « [Traduction] doit être appréhendé dans le contexte des devoirs et responsabilités fixés aux ministres du Royaume-Uni par le Code ministériel », deux de ces obligations étant de tenir dûment compte de l'avis éclairé et impartial des fonctionnaires et de respecter la loi.

La charte devrait être positionnée comme la pièce maîtresse du régime gouvernemental des valeurs et de l'éthique. Une caractéristique commune à ces régimes dans le monde réside dans l'accumulation au fil du temps de divers codes, déclarations, règles et lignes directrices, dont beaucoup sont adoptés en réponse à des événements ponctuels. Cette prolifération d'instruments a pour résultat qu'il est souvent difficile pour les fonctionnaires de se faire une image cohérente, complète et compréhensible des valeurs et contraintes déontologiques qui s'appliquent à eux. En outre, certains de ces instruments imposent des obligations aux politiciens en sus des fonctionnaires.

Il importe de rationaliser et de relier entre eux les principaux documents d'un gouvernement traitant de valeurs et d'éthique. Pour cela, il est utile d'avoir un instrument central tel qu'une charte de la fonction publique afin de disposer d'une assise sur laquelle construire l'édifice complet des valeurs et de l'éthique. Alors que l'énoncé des valeurs de la fonction publique australienne et le code de conduite de la Nouvelle-Zélande contribuent à cette fin en formulant un ensemble de valeurs fondamentales pour la fonction publique, ils ne représentent pas une assise suffisante pour l'éthique gouvernementale en général parce que, contrairement au code britannique, ils disent relativement peu de choses sur les relations entre politiciens et fonctionnaires. Comme dans l'actuel *Code des valeurs et de l'éthique de la fonction publique*, la place de choix dans la charte devrait être donnée aux valeurs démocratiques. En effet, ce sont des valeurs démocratiques telles que la responsabilité, la neutralité et la légalité qui distinguent le service public des autres secteurs de la société et ce sont les valeurs démocratiques qui définissent

la relation trilatérale entre les ministres, le Parlement et les fonctionnaires. Le Rapport Tait argüait qu'il fallait « définir le rôle de la fonction publique à l'intérieur des principes du fédéralisme et du gouvernement responsable, de façon à ancrer la fonction publique dans ses valeurs primordiales [démocratiques] »[61].

Une charte de la fonction publique du Canada devrait faire référence à la législation ou à la politique gouvernementale sur la divulgation et faire mention également d'autres documents apparentés, tels que *Gouverner de façon responsable : Le guide du ministre et du ministre d'État* [62] et le *Guide du sous-ministre*[63]. Ces deux documents sont déjà reliés entre eux. En effet, le *Guide du sous-ministre* fait explicitement mention de l'existence et du contenu du *Guide du ministre*. Et alors que ce dernier a précédé le *Guide du sous-ministre*, il y est conceptuellement relié de par la disposition voulant que les fonctionnaires doivent respecter la neutralité politique traditionnelle de la fonction publique[64] et que les ministres doivent respecter la nature non partisane de la fonction publique[65].

Le *Guide du sous-ministre* contient une partie substantielle traitant des valeurs et de l'éthique, où les quatre familles de valeurs sont expliquées et où l'accent est mis sur le rôle crucial des sous-ministres s'agissant d'affirmer et de démontrer les valeurs et la déontologie du service public. Mention est faite d'autres documents importants en matière de valeurs et de déontologie : le *Code des valeurs et de l'éthique de la fonction publique*, la Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail et le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*. Le *Guide du sous-ministre* fait référence également au *Cadre de responsabilisation de gestion* (CRG) adopté par le Secrétariat du Conseil du Trésor en juin 2003. Le CRG énumère 10 attributs essentiels d'une bonne gestion, avec notamment un élément valeurs et éthique affirmant que « de par leurs actions, les leaders ministériels soulignent continuellement l'importance des valeurs et de l'éthique de la fonction publique dans les efforts

déployés pour fournir des résultats aux Canadiens et aux Canadiennes (valeurs démocratiques, professionnelles, éthiques et axées sur les personnes) ». Le CRG sert de fondement aux rencontres bilatérales entre le Secrétariat du Conseil du Trésor et les sous-ministres aux fins de la détermination du rendement de ces derniers.

Les énoncés de valeurs de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni mettent tous beaucoup l'accent sur la reddition de comptes mais ne disent rien, ou peu de choses, sur les valeurs de la fonction publique telles que la transparence et l'ouverture. Plus particulièrement au cours des 10 dernières années, ces valeurs en particulier ont acquis une importance croissante dans le contexte canadien. Le commissaire à l'information a déploré la culture du secret dans l'administration fédérale et il est devenu clair que cette culture est partiellement à l'origine des actes répréhensibles récents qui ont mis jeu des politiciens et des fonctionnaires. La charte devrait insister sur le devoir des fonctionnaires d'être aussi ouverts et transparents que possible dans leurs rapports avec tant les élus que le public.

La charte de la fonction publique, à l'instar d'un énoncé de valeurs ou de principes, devrait être « succincte, noble de ton et de formulation, axée sur les grands principes de la fonction publique et conçue pour durer »[66]. La séparation du *Code de conduite* et de la charte faciliterait cela. La charte ne devrait faire qu'une brève mention de documents explicatifs volumineux tels que *Le guide du ministre* et le *Guide du sous-ministre*. Idéalement, ces textes et d'autres devraient faire référence également à la charte puisque celle-ci contiendrait les principes et les valeurs qui sous-tendent leur contenu. L'harmonisation des documents officiels brosserait un tableau clair, complet et cohérent des valeurs et des normes éthiques auxquelles les fonctionnaires doivent aspirer. La charte devrait être, du moins en partie, une source d'inspiration et d'aspiration en saisissant la raison d'être de la fonction publique dans la démocratie parlementaire canadienne. Au fil du temps, cette approche

aiderait à instaurer une culture du service public qui encourage la rectitude et prévient l'inconduite. Toutefois, la charte doit être combinée avec une législation sur la divulgation rigoureuse qui dissuade et, le cas échéant, sanctionne la commission d'actes fautifs.

Ensemble, la législation sur la divulgation et la charte favoriseront les deux grandes formes de responsabilité des fonctionnaires que décrivent les écrits spécialisés. La législation sur la divulgation favorisera la responsabilité formelle en prescrivant des règles de bonne conduite. La charte favorisera la responsabilité personnelle et psychologique sous forme d'un engagement internalisé à agir comme il faut. Comme Henry Mintzberg l'a noté « les meilleurs systèmes de responsabilisation reconnaissent . . . que le "contrôle est normatif . . . enraciné dans les valeurs et les croyances" »[67].

Notes en fin de texte

[1] Canada. *De solides assises : Rapport du Groupe de travail des sous-ministres sur les valeurs et l'éthique dans la fonction publique*. Ottawa : Centre canadien de gestion, 2000 (initialement publié en 1996). http://www.ccmd-ccg.gc.ca/research/publications.

[2] Canada, Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur la divulgation interne d'informations concernant des actes fautifs au travail*, 28 juin 2001, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/TB_851/idicww diicaft1_f.asp.

[3] http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/TB_851/vec-cve_f.asp. Le Code fait partie des conditions d'emploi des fonctionnaires.

[4] Canada, Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs. *Rapport*, 29 janvier 2004. http://www.hrma-agrh.gc.ca/reports-rapports/wgdw-gtdaf_f.asp.

[5] Projet de loi C-25, 22 mars 2004, http://www.parl.gc.ca/common/Bills_House_Government.asp?Language=F&Parl=37&Ses=3
Projet de loi C-11, 8 octobre 2004, http://www.parl.gc.ca/common/Bills_House_Government.asp?Language=F&parl=38&Ses=1#C-11.

[6] Milton Rokeach. *The Human Side of Values* (New York : Free Press), 1973, p. 5.

Changing Public Sector Values (New York : Garland, 1998), p. 319. Ajouté.

[7] Canada. *De solides assises*, p. 79.

[8] Van Wart. *Changing Public Sector Values*, p. xiv; Canada. *De solides assises*, p. 4.

[9] Nouvelle-Zélande, State Services Commission. *New Zealand Public Service Code of Conduct*, février 2005, http://www.ssc.govt.nz/display/document.asp?navid=151.

[10] Australie. *State of the Service Report, 2000-2001* (Canberra : Public Service Commission, 2001), p. 17.

[11] Kenneth Kernaghan. " East Block and Westminster: Conventions, Values, and Public Service ", dans Christopher Dunn (sous la dir. de). *The Handbook of Canadian Public Administration* (Toronto : Oxford University Press, 2002), p. 116-117.

[12] *Ibid.*, p. 117. Ajouté.

[13] Australie, Public Service Bill 1999, Explanatory Memorandum. http:www.psmpc.gov.au/psact/psbill99.htm.

[14] Australie. *State of the Service Report, 2003-2004* (Canberra : Public Service Commission, 5 novembre 2004), p. 129. http://www.apsc.gov.au/stateoftheservice/0304/index.html.

[15] Australie, Public Service Commission. *Embedding the APS Values* (Canberra : Public Service Commission, August 2003), 2. Grouping the Values. http://www.Apsc.gov.au/values/values.htm.

[16] Australie. *State of the Service Report*, 2003-2004, p. 137, http://www.apsc.gov.au/stateoftheservice/2002/index.htm.

[17] Nouvelle-Zélande. *Walking the Talk: Making Values Real-Facilitation Guide*. Wellington : State Services Commission, 2001, p. 4.

[18] http://www.ssc.govt.nz/display/document.asp?navid=152&docid=3421&pageno=11

[19] Michael Wintringham, State Services Commissioner. *Introduction to New Zealand Public Service Code of Conduct* (Wellington : State Services Commission, September 2001), p. 6, http://www.ssc.govt.nz.

Nouvelle-Zélande. *Walking the Talk: Making Values Real-Facilitation Guide.*

Royaume-Uni. *Vision and Values, Civil Service Reform-A Report to the Meeting of Permanent Heads of Departments*, Sunningdale, Angleterre, 30 septembre-1er octobre 1999. (Londres : Cabinet Office, 1999).

Ibid., par. 12.

Royaume-Uni, House of Commons, Public Administration Select Committee. *A Draft Civil Service Bill: Completing the Reform*, First Report of Session 2003-04, vol. 1, 5 janvier 2004. Disponible à l'adresse http://www.publications.parliament.uk/cgi-bin/semhtml.

Royaume-Uni, Cabinet Office. *A Draft Public Service Bill: A Consultation Document* (Londres : Cabinet Office, 2004), Cmd. 6373. Disponible à l'adresse http://www.cabinetoffice.gov.uk/propriety_and_ethics/publications/pdf.

Parlement du Royaume-Uni. Press Notice no. 21, 15 novembre 2004. Disponible à l'adresse http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/public_administration_select_committee/pasc_03_04_pn_21.cfm.

Australie. *State of the Service Report*, 2003-2004, p. 110.

Entretien avec Andrew Podger, *Public Service Commissioner*, 1er décembre 2003.

Australie. *State of the Service Report*, 2003-2004, p. 112.

Ibid., p. 113.

Ibid., p. 114.

Ibid., p. 111.

Ibid.

Griffith University et Transparency International Australia. *Chaos or Coherence: Strengths, Challenges and Opportunities for Australia's National Integrity Systems, National Integrity System Assessment, Draft Report*, novembre 2004, p. 23, www.griffith.edu.au/centre/kceljag/nisa/execsummary.pdf.

Ibid.

Human Resources Institute, HR Info, Guides: Protected Disclosures Act 2000, http://www.ipm.co.nz/SITE_Default/SITE_HR_Info/Guides/protected_disclosures.asp.

Scholtens, Mary T. *Review of the Operation of the Protected Disclosures Act 2000, Report to the Minister of State Services* (Wellington : Minister of State Services, décembre 2003), p. 2, http://www.ssc.govt.nz/display/document.asp?NavID=93&DocID=3670.

Ibid., p. 41-42.

Ibid., p. 1.

Royaume-Uni. *A Draft Civil Service Bill: A Consultation Document*, p. 11.

Making Whistleblowing Work, www.pcaw.co.uk, p. 17.

Royaume-Uni, Civil Services Commissioners. *Annual Report 2003-2004*, p. 22. http://www.civilservicecommissioners.gov.uk/publications_and_forms/annual_reports/index.asp.

Public Concern at Work. *The Whistleblower*, printemps 2005, p. 4. www.pcaw.co.uk.

Rapport, 29 janvier 2004. Emphase ajoutée. L'auteur de la présente étude a présidé ce groupe de travail.

Créée le 19 février 2004. http://www.gomery.ca.

Canada, Agent de l'intégrité de la fonction publique. *2002-2003 Rapport annuel au Parlement* (Ottawa : Bureau de l'intégrité de la fonction publique, 2003).

Canada, Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs. *Rapport*, p. 36-38.

Ibid., p. 37.

[77] *Ibid.*, p. 19.

[78] Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Étude de cas sur l'application de la Politique sur la divulgation interne d'informations concernant des actes fautifs au travail. Rapport sur les conclusions*, 22 août 2003, p. 2.

[79] *Ibid.*, p. 1.

[80] Peu de spécialistes argüent contre une législation sur la divulgation comparée aux nombreux écrits qui la favorisent ou critiquent les déficiences de la législation existante. Parmi les articles couvrant les inconvénients d'une législation, voir H. L. Laframboise. « Vile Wretches and Public Heroes: the Ethics of Whistleblowing in Government », *Administration publique du Canada*, vol. 34 (printemps 1991), p. 73-77; Fred C. Alford. *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power* (Ithica : Cornell University Press, 1993; et M.A. Hersh. « Whistleblowers-Heroes or Traitors? : Individual and Collective Responsibility for Ethical Behaviour », *Annual Reviews in Control*, vol. 26, 2002, p. 243-262.

[81] Canada, Commissaire à l'information du Canada. *Rapport annuel 2004-2005* (Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2005), p. 9-10.

[82] Canada. *De solides assises*, p. 75.

[83] *Ibid.*

[84] Si M. Heintzman a mentionné l'idée d'une charte dans plusieurs communications faites tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la fonction publique après 1996, la première mention « publique » était dans un discours intitulé « A Strong Foundation: Values and Ethics for the Public Service of the Future » qu'il a prononcé lors du Sommet international sur la réforme de la fonction publique à Winnipeg le 10 juin 1999. La première mention publiée de l'idée se trouve dans « A Strong Foundation : values and ethics for the public service of the future », Isuma : *Revue canadienne de recherche sur les politiques*, vol. 2, n° 1 (printemps 2001), http://www.isuma.net/v02n01/heintzman/heintzman_e.shtml.

[85] Gouvernement du Canada, Groupe de travail sur la divulgation des actes fautifs. *Rapport*, 29 janvier 2004, p. 30. Emphase ajoutée.

[86] *Ibid.*

[87] Canada, Chambre des communes, Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires. *Témoignages*, 29 avril 2004, http://www.parl.gc.ca/committee/CommitteePublication.aspx?SourceId=81460.

[88] Queensland. *Public Service Charter*, http://www.opsme.qld.gov.au/pubs/charter.htm.

[89] Canada. *De solides assises*, p. 60.

[90] Canada, Bureau du Conseil privé. *Le guide du ministre et du secrétaire d'État*, 11 juin 2002; http://www.bcp-bcp.gc.ca.

[91] Canada, Bureau du Conseil privé. *Guide du sous-ministre*, 20 juin 2003, http://www.pco-bcp.gc.ca/.

[92] Canada, Bureau du Conseil privé. *Gouverner de façon responsable : Le guide du ministre et du ministre d'État*, p. 9.

[93] *Ibid.*, p. ii.

[94] *De solides assises*, p. 61.

[95] « Managing Government: Governing Management », *Harvard Business Review*, mai-juin 1996, p. 81.

DEUX DÉFIS DANS L'ADMINISTRATION DE LA *LOI SUR L'ACCÈS À L'INFORMATION*

Alasdair Roberts

Notice

Alasdair Roberts est maître de conférences en administration publique à l'école Maxwell de citoyenneté et d'affaires publiques de l'université de Syracuse. Auparavant, il était membre de la faculté de sciences politiques de l'université Queen's. Le professeur Roberts détient un doctorat en droit de l'École de droit de l'université de Toronto et une maîtrise et un doctorat en administration publique de l'université Harvard. Il est membre du conseil de rédaction de plusieurs importantes revues spécialisées en administration publique. Le professeur Roberts a beaucoup écrit sur les lois d'accès à l'information; son ouvrage sur le sujet, *Blacked Out : Government Secrecy in the Information Age*, sera publié par la Cambridge University Press en décembre 2005. L'un de ses

essais récents a remporté le prix Johnson décerné au meilleur essai en éthique et responsabilité dans le secteur public.

1 Deux défis : antagonisme et champ d'application

La *Loi sur l'accès à l'information* du Canada (*LAI*) est entrée en vigueur en 1983[1]. La Loi reconnaît le droit des Canadiens d'obtenir de l'information[2] des institutions gouvernementales. Elle établit la procédure à suivre pour traiter une demande d'information, y compris les délais de réponse, et énumère les conditions dans lesquelles les institutions sont autorisées à refuser l'information. La Loi a aussi créé une nouvelle autorité, le commissaire à l'information, pour faire enquête sur les plaintes de non-conformité à ses dispositions. Si le commissaire décide qu'une institution gouvernementale a eu tort de refuser une demande d'information et que l'institution continue de se dérober à son obligation, la cause peut être portée devant la Cour fédérale du Canada.

Avant son adoption, on prévoyait que les institutions fédérales pourraient recevoir environ 100 000 demandes d'information par année en vertu de la Loi[3]. C'était une sérieuse surestimation. Même si le volume de demandes a augmenté d'environ 7 p. 100 l'an, le nombre total en 2004 ne s'élevait encore qu'à 25 232 (graphique 1). Ce total comprend plusieurs « flots d'information » distincts. Le plus important est constitué de demandes d'entreprises recherchant le plus souvent des renseignements sur les activités d'inspection, de réglementation et de délivrance de permis ou l'approvisionnement gouvernemental de biens et de services (tableau 1). Le « flot d'information » généré par les demandes des médias est plus petit et très distinct. La majorité porte sur la recherche et le développement politiques. Elles sont plus susceptibles de recevoir une large attention du public et les fonctionnaires craignent presque toujours qu'elles présentent des risques politiques pour le gouvernement. Une catégorie également petite, mais délicate, de demandes est constituée de celles qui proviennent des partis politiques

d'opposition. Le volume est difficile à mesurer, car les institutions fédérales ne distinguent pas le caractère « partisan » de telles demandes dans leurs rapports publics (mais elles le font à l'interne). Peut-être que 5 à 10 p. 100 des demandes en vertu de la *LAI* sont de caractère partisan, même si la proportion peut être sensiblement plus forte dans certaines institutions (tableau 2).

En adoptant la *LAI*, le Canada s'est placé à l'avant-garde d'un mouvement international. Avant 1982, seulement cinq autres pays avaient adopté de pareilles lois; aujourd'hui ils sont plus de 60[4]. Dans l'intervalle, le Canada a souvent été vu comme un modèle de bonne pratique, et non sans raison. Le Canada a pris la mise en œuvre de la Loi au sérieux, contrairement à bien d'autres pays. Il a créé des bureaux spéciaux pour gérer l'afflux de demandes, les a pourvus de personnel professionnel spécialisé et a élaboré des procédures formelles pour encourager le traitement rapide des demandes. En même temps, le commissaire à l'information a prévu un remède d'accès facile en cas de mauvaise gestion. À bien des égards, la pratique canadienne est supérieure à celle observée en vertu de la *Freedom of Information Act* (FOIA) des États-Unis, même si la conception populaire est souvent l'inverse, et elle est supérieure aussi à la pratique naissante en vertu de la plus récente FOIA du Royaume-Uni[5].

Néanmoins, la Loi canadienne n'est pas sans problèmes. On pourrait dire en effet qu'elle est à l'avant-garde dans un second sens — comme illustration des difficultés qui assaillent un régime d'accès en pleine maturité. Deux de ces difficultés ont été révélées de façon frappante par la controverse entourant le Programme de commandites. L'une est l'antagonisme dans l'administration de la *LAI*. Les partisans des lois de divulgation ont sous-estimé la mesure dans laquelle le conflit sur les dossiers du gouvernement est souvent précisément cela — un *conflit*, précipité par le heurt d'intérêts nettement opposés. Les lois de divulgation réglementent ce conflit et visent à changer les termes de l'engagement en faveur des acteurs non gouvernementaux; mais elles ne peuvent mettre un terme au conflit lui-même. Au contraire,

l'expérience suggère que les fonctionnaires du gouvernement et les acteurs non gouvernementaux deviennent plus habiles à élaborer des stratégies qui exploitent ou limitent les possibilités créées par la Loi. Il n'est pas garanti, bien sûr, que l'équilibre des forces sera préservé avec le temps; un camp peut se révéler plus futé que l'autre dans l'élaboration de nouvelles stratégies. Il semble que les institutions fédérales aient mis au point des techniques de gestion des demandes politiquement délicates qui sapent les principes de base de la *LAI*.

La seconde difficulté est indirectement reliée à la première. Un problème de longue date de la *LAI*, c'est qu'elle exclut bon nombre d'institutions fédérales clés. Durant des années, le problème provenait essentiellement de l'exclusion des sociétés d'État; récemment, il s'est étendu aux fournisseurs du gouvernement et à une variété de personnes morales quasi gouvernementales, qui remplissent des fonctions publiques cruciales. Ces personnes morales n'ont pas été créées dans l'intention d'échapper à la *LAI*. D'autre part, le fait qu'on ne puisse placer sous le coup de la Loi les personnes morales nouvellement créées — et la résistance continue à l'inclusion des sociétés d'État — est en partie une échappatoire, rationalisée à l'interne par le sentiment d'injustice des « règles d'engagement » établies par la Loi. Le mouvement en faveur de soi-disant « modes de rechange de prestation de services » n'est pas près de s'apaiser et le fait qu'on ne réforme pas la *LAI* pour en tenir compte condamne la Loi à péricliter.

2 Preuve d'antagonisme

Lors de l'entrée en vigueur de la *LAI*, on avait bon espoir qu'elle aurait un effet salutaire sur la gouvernance au Canada. « Cette Loi, a prédit le ministre de la Justice Francis Fox en 1980, deviendra avec le temps l'une des pierres angulaires de la démocratie au Canada. » Fox prévoyait que la Loi « entraînera[it] un changement profond dans la pensée du gouvernement » :

> [Traduction]
>
> Bref, le projet de loi renverse la situation actuelle où l'accès à l'information est laissé à la discrétion du gouvernement. En vertu de cette Loi, l'accès à l'information devient une question de droit public et il incombe au gouvernement de prouver que l'information ne doit pas être divulguée[6].

On pourrait dire de l'espoir que la *LAI* engendre « un changement profond dans la pensée du gouvernement » qu'il illustre parfaitement l'opinion des idéalistes à propos de ce que peut accomplir une loi de divulgation. L'enquête de la Commission fait la preuve que, près d'un quart de siècle plus tard, ce « changement » ne s'est pas produit. Au contraire, il semble que les problèmes d'administration de la *LAI* observés à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) soient typiques d'une forme de résistance aux obligations de la *LAI* qui s'étend à tout le gouvernement.

2.1
Procédures pour demandes délicates

Un mode de résistance a été l'élaboration de procédures sophistiquées à l'intérieur des institutions fédérales pour gérer les demandes d'information politiquement délicates. La commissaire à l'information de l'Ontario (qui a assisté à l'émergence de pratiques semblables à l'intérieur du gouvernement provincial) a décrit ces pratiques comme des procédures de « gestion de questions litigieuses »[7]. Ces procédures ne sont pas faciles à observer; durant des années, leur existence était peu connue en dehors du gouvernement. Elles contribuent pourtant clairement à définir ce que le « droit à l'information » signifie en pratique. J'ai soutenu ailleurs qu'elles font partie d'une « loi cachée » d'accès à l'information[8].

À Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, la pratique d'isoler les demandes délicates était de routine et elle était décrite dans un organigramme d'aide pour le personnel du ministère. (L'organigramme pour les demandes les plus délicates, déposé en preuve devant la Commission, est reproduit dans le graphique 2.) Chaque semaine, une liste des nouvelles demandes d'accès était envoyée au bureau du ministre et au service des communications du ministère. Des conseillers du ministre et des employés du service des communications rencontraient le personnel du bureau de la *LAI* pour revoir la liste et identifier les demandes « intéressantes »[9]. Par demande « intéressante », on entendait les demandes auxquelles « les médias avaient prêté attention ou qui pouvaient faire l'objet de questions au ministre à la Chambre des communes »[10]. Les demandes provenant de journalistes ou des partis d'opposition étaient systématiquement classées parmi les demandes « intéressantes »[11]. Les demandes « intéressantes » étaient étiquetées électroniquement dans le système de pistage utilisé pour gérer le flux de travaux du bureau de la *LAI*[12]. Cela permettait de dresser plus facilement des listes de demandes délicates pour examen ultérieur.

Les demandes particulièrement intéressantes commandaient une attention spéciale du personnel des communications, dont la tâche était d'élaborer une stratégie médiatique en prévision des difficultés qui suivraient la divulgation de l'information, et aussi un examen par le personnel du ministre avant divulgation. « Nous perdions la maîtrise . . . du processus une fois que le service des communications le prenait en main », a dit à la Commission la coordonnatrice de l'accès du ministère, Anita Lloyd.

> [Traduction]
>
> Une fois que [le bureau de la *LAI*] avait fini de traiter le dossier, nous l'envoyions au service des communications . . . Il le faisait circuler au [bureau dont les documents étaient requis] pour faire préparer une position médiatique ou approuver celle qu'il avait déjà préparée.

> Il acheminait ensuite le tout au bureau du sous-ministre et au cabinet du ministre. Une fois cela fait, nous recevions une page couverture — une page couverture contenant leur position médiatique — et c'était notre notification de divulguer l'information[13].

Ce processus entraînait souvent d'importants retards à répondre aux demandes : « Souvent, on constatait qu'il s'écoulait environ 20 jours avant qu'on obtienne du cabinet du ministre l'autorisation de divulguer l'information »[14].

Ces procédures n'étaient pas uniques à TPSGC. Les documents publiés en réponse aux demandes d'accès déposées auprès d'autres ministères en 2003 révèlent que plusieurs grandes institutions fédérales suivent essentiellement la même routine. À Citoyenneté et Immigration Canada, par exemple, le bureau de la *LAI* faisait (au moment où les documents ont été publiés) une « évaluation du risque » des nouvelles demandes pour identifier celles qui pouvaient être utilisées « en public pour attaquer le ministre ou le ministère ». Il y avait une présomption de délicatesse des demandes déposées par des journalistes et des représentants des partis d'opposition. On dressait un inventaire hebdomadaire de telles demandes, qui étaient revues par le personnel du ministre et du service des communications : les demandes particulièrement problématiques étaient marquées d'un « feu orange », désignation qui provoquait l'élaboration d'une stratégie de communications et un examen final par le personnel du ministre.

D'autres ministères utilisent la désignation « feu orange ». Au Bureau du Conseil privé (BCP), par exemple, les cas particulièrement difficiles sont appelés « dossiers rouges ». Selon le manuel de procédures du bureau de l'accès du BCP,

> [Traduction]
>
> Une fois par semaine environ, on donne au [cabinet du Premier ministre] une liste des nouvelles demandes. S'il veut voir la réponse

> à toute demande, il avise le coordonnateur [de l'accès], qui transmet l'information à l'agent qui traite la demande.

Une vérification des dossiers en cours du BCP en octobre 2003 indiquait qu'environ le tiers des dossiers étaient étiquetés « dossiers rouges »; les demandes déposées par des journalistes ou des partis politiques en formaient la majorité[15].

Ces procédures particulières des institutions sont coiffées par des pratiques de surveillance à l'échelle du gouvernement. TPSGC gère, au nom du Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT), une base de données appelée le Système de coordination des demandes d'accès à l'information (SCDAI), qui s'étend à tous les organes de l'État. La politique du SCT oblige les institutions à saisir dans le SCDAI l'information sur les nouvelles demandes d'accès dans les 24 heures qui suivent leur réception. Les données sur les nouvelles demandes entrées dans le SCDAI incluent le code professionnel — tel « médias » ou « Parlement » — du demandeur. Les bureaux d'accès à l'information de toutes les institutions fédérales peuvent faire des recherches dans le SCDAI selon plusieurs critères, dont la profession du demandeur[16]. Le journal de bord du SCDAI indique que le Secrétariat du Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé en sont les principaux utilisateurs[17].

On a décrit le SCDAI comme un outil qui « facilite (aux institutions fédérales) la coordination des réponses aux demandes à thème commun ». Cependant, les rapports produits à l'aide du SCDAI peuvent aussi être utilisés par le groupe des communications du BCP pour guider sa propre surveillance des demandes politiquement délicates. En 2002, un ancien directeur de recherche de la députation du Parti libéral s'est plaint que le « groupe de coordination des communications » (GCC) du BCP était devenu :

> [Traduction]
>
> [un] exemple extrême de politisation bureaucratique. . . . Le GCC . . . est composé des hauts fonctionnaires libéraux de l'entourage des ministres, de plusieurs conseillers supérieurs du Cabinet du Premier ministre et de hauts bureaucrates des communications du Bureau du Conseil privé, supposément non partisan. . . . Alors que le mandat du GCC est censé être de « coordonner » le message du gouvernement, en pratique, le groupe passe une bonne partie de son temps chaque semaine à discuter de façons de retarder ou de contrarier les demandes d'accès à l'information[18].

Un haut fonctionnaire du BCP a reconnu dans un article du *Toronto Star* en 2003 que le personnel des communications du BCP gère activement la réponse du gouvernement aux demandes délicates reçues à l'échelle du gouvernement pour s'assurer que « le ministère qui publie l'information est essentiellement prêt à en gérer toutes les retombées »[19]. Par exemple, le personnel des communications du BCP a insisté pour passer en revue les réponses aux demandes relatives au scandale des « octrois et contributions » en 2000[20]. « Quand le Bureau du Conseil privé dit qu'il veut voir une réponse, a expliqué un agent des communications dans un courriel interne publié par Citoyenneté et Immigration Canada en 2003, je n'ai pas le loisir de ne pas faire ce qu'il demande ». Le chef du bureau de l'accès de CIC dit de même : « Une demande des communications du BCP est essentiellement un ordre pour CIC »[21].

Le problème de retard causé par les procédures spéciales pour demandes délicates noté dans le témoignage d'Anita Lloyd semble être monnaie courante à l'échelle du gouvernement. Une étude économétrique du temps de traitement de 2 120 demandes d'accès menée sur trois ans (de 1999 à 2001) par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) a constaté que le traitement des demandes déposées par les médias et les partis d'opposition prenait trois semaines de plus, même après avoir tenu compte d'autres variables comme la taille de la demande

et le type d'information demandée. La probabilité que le temps de traitement dépasse les délais légaux est aussi plus élevée pour les demandes des médias et des partis d'opposition[72]. Une étude subséquente du traitement de 25 806 demandes d'accès effectuée par huit institutions fédérales entre 2000 et 2002 a constaté des délais semblables pour les demandes des médias ou des partis d'opposition chez six d'entre elles. À Citoyenneté et Immigration Canada, par exemple, on mettait 48 jours de plus pour traiter les demandes des médias et 34 jours de plus pour traiter celles des partis d'opposition. Encore une fois, le temps de traitement de telles demandes risquait davantage de dépasser les délais légaux de réponse[73].

De tels retards laissent entendre que les institutions fédérales font généralement et couramment fi d'un principe fondamental de la *LAI*. La Loi est censée respecter la règle d'égalité de traitement : la présomption que les demandes d'information seront traitées pareillement, sans égard à la profession du demandeur ni à l'objet de la demande. « Le principe primordial, disent McNairn et Woodbury, c'est que l'objet de la demande d'information n'est pas pertinent »[74]. Le rapport 2002 du Groupe d'étude de l'accès à l'information a fait la même observation :

> [Traduction]
>
> Les coordonnateurs ou autres fonctionnaires qui ont la délégation des pouvoirs agissent à titre de décideurs administratifs quand ils prennent une décision sur un droit accordé par la Loi; leurs décisions doivent donc être faites de façon équitable, sans préjugés et fondées sur les dispositions de la Loi. La décision portant sur la divulgation de l'information ainsi que le moment de la divulgation ne doit pas être influencée par l'identité ou la profession du requérant, ni par des interactions passées avec le requérant, ni par l'utilisation éventuelle de l'information[75].

Une étude du SCT en 2001 souligne aussi que « ce serait un changement majeur aux principes de la Loi de faire de l'identité du requérant ou de l'objet de la demande une considération pertinente » au traitement des demandes d'accès à l'information[9]. Pourtant, en pratique, il est clair que la profession du demandeur et l'objet de la demande *sont* des considérations pertinentes. On présume d'entrée de jeu que les demandes des médias et des partis d'opposition doivent être considérées comme délicates et soumises à des procédures distinctes qui en prolongent souvent le temps de traitement et diminuent la probabilité de réponse dans les délais légaux.

Il est plus difficile de déterminer si ces demandes sont aussi sujettes à des décisions de divulgation moins complète. Il n'y a pas de façon nette d'entreprendre une analyse statistique de cette question. Il ne s'agit pas surtout de savoir si le cabinet du ministre profite du dernier stade du processus — le réexamen de l'information qu'on propose de divulguer — pour tenter de restreindre davantage l'information. Le problème plus profond, c'est peut-être que tout le processus est empreint de la conscience que le cabinet du ministre porte un intérêt particulier au dossier. Le bureau qui détient l'information — peut-être dirigé par un fonctionnaire de niveau quatre ou cinq fois inférieur à celui du sous-ministre — apprend dans les jours qui suivent le dépôt de la demande que le personnel du ministre la juge délicate. Au cours des prochains mois, les fonctionnaires de première ligne et le responsable de l'accès peuvent avoir des conversations fréquentes avec le personnel des communications, qui peut lui-même soulever des questions sur les limites de la divulgation. Il serait étonnant qu'on n'aille pas au devant des préoccupations du ministre bien avant que le projet de réponse soit acheminé au cabinet du ministre pour un dernier examen.

2.2
Divulgation d'identité

En plus de ces « procédures de gestion des questions litigieuses », les fonctionnaires ont d'autres façons de tenter de gérer les risques politiques que présentent les demandes d'accès. Par exemple, ils peuvent tenter d'en apprendre davantage sur la dimension du risque en glanant des renseignements sur l'individu ou le groupe qui a déposé la demande. Devant la Commission, Isabelle Roy a témoigné que, comme fonctionnaire aux services de coordination des communications de TPSGC, elle a appris l'identité d'un journaliste (Daniel Leblanc, du *Globe and Mail*) qui avait déposé une demande d'information concernant le Programme de commandites[37].

Une telle divulgation est tenue pour une violation des principes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais il n'est pas inhabituel qu'on fasse pression sur les bureaux de la *LAI* pour qu'ils révèlent l'identité des individus ou des groupes qui déposent des demandes délicates. En mai 2000, le commissaire à l'information a rapporté que le bureau de la *LAI* du ministère de la Défense nationale divulguait couramment au personnel du ministre les noms des demandeurs des médias et des partis d'opposition, en violation des principes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En 2000, le commissaire faisait aussi enquête sur une allégation de divulgation de l'identité d'un demandeur au Bureau du Conseil privé[38]. Un an plus tard, des hauts fonctionnaires tentaient de persuader le Groupe d'étude de l'accès à l'information que la « vraie transparence » serait de permettre la divulgation des noms des demandeurs à l'intérieur des ministères[39].

En 2001, le commissaire à l'information a recommandé un amendement à la Loi stipulant l'obligation du personnel de la *LAI* de préserver la confidentialité des noms des demandeurs[40]. Cependant, la question de confidentialité ne dépend pas seulement de la non-divulgation des

noms. Même quand les noms ne sont pas révélés, il peut être possible de les déduire du fait de la pratique de diffuser l'occupation du demandeur. Peu de journalistes ont recours régulièrement à la *LAI* et le nombre de ceux qui sont affectés à des sujets précis est encore plus petit. Un agent de communications expérimenté n'aurait probablement pas de mal à deviner l'identité du journaliste qui a déposé une demande particulière si la profession du demandeur est connue. La dissémination des détails professionnels à l'échelle du gouvernement peut donc entraîner une violation constructive du droit à la vie privée. (Le gouvernement invoque parfois ce genre d'argument pour se justifier de la non-divulgation de l'information en vertu de la *LAI* sous prétexte de protéger des renseignements personnels. C'est « l'effet de mosaïque » : « une expression utilisée pour décrire la situation où des renseignements apparemment anodins sont liés à d'autres renseignements (publiquement disponibles) pour produire de l'information qui n'est pas anodine »[11]).

2.3
Pression sur les responsables de la *LAI*

La crainte du préjudice politique que peut entraîner la publication de documents officiels peut aussi pousser le personnel politique à exercer d'autres sortes de pression sur les responsables de la *LAI*. Durant les audiences de la Commission, on a témoigné de la tentative des fonctionnaires de TPSGC de persuader le personnel de la *LAI* que la demande de M. Leblanc devait être interprétée de façon restrictive ou, plus tard, que le personnel de la *LAI* devrait tenter d'amener M. Leblanc à accepter une définition plus étroite de sa demande, excluant des renseignements particulièrement délicats sur le Programme de commandites. Les hauts fonctionnaires tentaient de « gérer l'affaire », a dit Anita Lloyd, mais leurs efforts sont apparus à Mme. Lloyd et à ses collègues de la *LAI* comme contraires à l'éthique. « Il y a eu plusieurs réunions là-dessus, » a dit Mme Lloyd, qui a trois fois consulté un avocat pour savoir comment réagir aux pressions internes. Mme Lloyd a dit qu'elle

n'avait jamais subi de telles pressions durant les années qu'elle a passées comme responsable de l'administration de la *LAI* [13].

Il est difficile pour les observateurs de l'extérieur du gouvernement de savoir comme les pressions sur les professionnels de la *LAI* peuvent être intenses, mais il ne fait pas de doute que les responsables de la *LAI* *sont* soumis à des pressions constantes pour les amener à adopter une interprétation restrictive des obligations de l'institution en vertu de la Loi. Quelques années seulement après l'adoption de la Loi, un sondage du Secrétariat du Conseil du Trésor a établi que plusieurs coordonnateurs de la *LAI* étaient fortement tiraillés entre leurs obligations en vertu de la Loi et des considérations de carrière à l'intérieur de leur ministère[14]. Les coordonnateurs, disait une autre étude, sont la « viande dans le sandwich » du régime d'accès à l'information[15]. Des études plus récentes ont révélé que ces tiraillements continuent. En 2002, un groupe d'étude interne nommé pour passer en revue la Loi d'accès a rapporté qu'il avait eu « beaucoup de discussions très franches » dans lesquelles les coordonnateurs « ont parlé du stress qu'ils éprouvaient à traiter des dossiers délicats et des demandes difficiles »[15]. Des coordonnateurs « déploraient ce qui leur apparaissait comme un manque de responsabilité à l'égard de la conformité avec la Loi et un manque d'engagement à l'égard de l'esprit de la Loi de la part de cadres de tous les niveaux, y compris des cadres supérieurs »[16].

2.4
Problèmes de tenue de dossiers

Les risques politiques que présente la *LAI* peuvent aussi être gérés en manipulant les dossiers du gouvernement. Les témoignages devant la Commission ont révélé deux façons de le faire. La première, c'est en prenant la décision de ne pas consigner l'information qui risque d'être sujette à controverse. « Nous gardions le moins possible d'information au dossier en cas de demande d'accès à l'information », a dit M. Charles

Guité au Comité permanent des comptes publics en avril 2004 alors qu'il témoignait sur l'évolution du Programme de commandites. La métaphore qu'il a employée pour justifier cette décision était éloquente :

> [Traduction]
>
> Il y a eu une discussion autour de la table durant l'année du référendum, en 1994-1995, alors que je travaillais très étroitement avec le SRFP et le Conseil privé . . . Nous étions assis à la table en comité et nous avons décidé que moins on en verserait au dossier, mieux ce serait au cas où quelqu'un déposerait une demande d'accès à l'information. Je pense, comme j'ai dit en 2002, qu'*un bon général ne donne pas son plan d'attaque à l'opposition*[17].

Plus tard, les fonctionnaires de TPSGC ont élaboré une autre tactique pour traiter les demandes d'accès à l'information concernant le Programme de commandites : on a rédigé des directives de dépenses qui seraient divulguées aux demandeurs d'information et donneraient une impression de régularité bureaucratique dans le programme. Les directives n'avaient aucune application pratique; elles avaient plutôt « une valeur et un objet cosmétiques »[18].

Ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on s'inquiète que la *LAI* ait causé une détérioration dans la tenue de dossiers à l'intérieur des institutions fédérales. Le commissaire à l'information du Canada a noté que « la propagation alarmante . . . d'une culture orale » chez les cadres supérieurs de la fonction publique constitue l'un des plus grands obstacles à l'efficacité de la Loi[19]. Il faut dire cependant que la dimension et les causes du problème ne sont pas bien établies. La recherche sur les changements dans la tenue de dossiers depuis l'adoption de la *LAI* n'est pas approfondie et les conclusions qu'on en tire à propos de l'effet des obligations de divulgation sont contradictoires[20]. D'autres facteurs que la *LAI* ont aussi joué un rôle important dans le déclin de la tenue de dossiers — comme la réduction des budgets administratifs

et le déclin général dans la formalité de la prise de décisions signalé dans certaines démocraties avancées[41]. Les nouvelles technologies de l'information — comme le courriel et le potentiel des bases de données électroniques — peuvent avoir pour effet d'élargir sensiblement la taille des « registres officiels »[42].

Il est aussi difficile de savoir ce qu'on peut faire pour remédier à la piètre tenue des dossiers. Le commissaire à l'information a suggéré qu'une loi crée « une obligation de consigner les renseignements permettant de documenter correctement et adéquatement les fonctions, la politique, les décisions, les procédures et les transactions du gouvernement »[43]. Bien des autorités administratives reconnaissent déjà des « obligations de documenter » étroitement limitées — par exemple, en exigeant la création de documents qui décrivent l'organisation du ministère, la dépense de fonds publics ou les motifs des décisions officielles. Comme l'ont noté les fonctionnaires canadiens cependant, une règle plus générale — incluant, par exemple, l'obligation de rendre compte des délibérations internes — serait difficile à appliquer[44].

Le problème plus grave de la destruction ou de la manipulation des dossiers du gouvernement dans le but d'échapper aux exigences de divulgation semble moins courant, sinon inconnu, au Canada. Il y a une décennie, des enquêtes ont conclu que des fonctionnaires avaient détruit des enregistrements et des transcriptions de réunions au cours desquelles on discutait de la façon de gérer les menaces que faisait peser sur la sécurité publique la contamination des réserves de sang par le VIH et l'hépatite C, quelques jours après avoir reçu une demande d'accès à l'information[45]. En 1997, la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie a conclu que les fonctionnaires de la Défense avaient modifié et tenté de détruire les documents relatifs à la mauvaise conduite de soldats canadiens en Somalie, que des journalistes et la commission d'enquête elle-même avaient cherché à obtenir en vertu de la *LAI*[46]. En 1998, le Parlement

a modifié la *LAI* pour rendre délictueuses la destruction, la falsification ou l'occultation d'un dossier ou la création d'un faux dossier par des fonctionnaires dans une tentative de nier un droit d'accès en vertu de la *LAI* [7].

3 Raisons de l'antagonisme

Les problèmes d'administration de la *Loi sur l'accès à l'information*, mis en lumière par la controverse sur le Programme de commandites ne sont pas uniques. Ce sont plutôt des manifestations particulières de problèmes plus généraux dans l'administration de la *LAI*. Ces problèmes plus généraux sont apparus lorsque les fonctionnaires fédéraux ont tenté de trouver des moyens de minimiser ce que j'ai appelé ailleurs « le potentiel perturbateur » de la Loi d'accès. En déployant ces diverses tactiques pour contrer les risques politiques que présentait la Loi — procédures spéciales, pression pour divulguer l'identité des demandeurs, pression plus générale sur les coordonnateurs de l'accès ou manipulation de dossiers officiels — les fonctionnaires ont démontré une attitude antagoniste envers la Loi. Ils ont considéré la Loi comme une menace à laquelle il faut résister ou qu'il faut gérer. Dans cette section, je veux faire remarquer que les fonctionnaires fédéraux peuvent justifier et justifient cette attitude antagoniste. Certaines des raisons invoquées pour justifier cette attitude envers la Loi ont du mérite et toutes doivent être comprises si nous voulons faire en sorte que la Loi soit plus efficace en pratique.

3.1 La nature de la politique parlementaire

L'une des justifications de l'antagonisme réside dans la nature de la politique parlementaire. Des demandes partisanes sont souvent déposées dans l'espoir qu'elles livrent de l'information qui compromettra la position politique du gouvernement; les partis d'opposition peuvent de même se servir des articles découlant des demandes des médias. Les ministres et leur personnel disent naturellement qu'il est injuste de leur

nier la possibilité de prévoir comment ils peuvent être appelés à rendre des comptes au Parlement et dans d'autres tribunes.

« Ce dont nous parlons, c'est le pouvoir — le pouvoir politique », a dit en 1978 Joe Clark, alors chef de l'Opposition conservatrice[48]. Clark a fait cette observation dans le cadre d'un argument en faveur d'une plus grande dissémination de l'information — et, donc, de l'influence politique — mais la déclaration n'en traduit pas moins la dure réalité qui sous-tend l'administration quotidienne de la Loi d'accès. Le Livre vert sur la Loi d'accès public aux documents du gouvernement communiquait le même sentiment en 1977. Le secret, disait-il, vient en partie de la nature antagoniste de la politique de parti.

> [Traduction]
>
> Plusieurs de nos institutions sociales fonctionnent sur une base de confrontation. Notre système judiciaire, par exemple, repose sur la conviction que la justice sera mieux servie par le heurt d'avocats présentant leur cause aussi éloquemment que possible. De même, notre système politique est un processus de confrontation, fondé sur la conviction que l'intérêt public sera mieux servi si le gouvernement et les partis d'opposition exposent leurs vues au jugement public aussi habilement que possible. L'efficacité de ce plaidoyer dépend, au moins en partie, de la capacité des partis de dresser leurs plans dans des discussions secrètes. *Le gouvernement et l'opposition sont un peu comme des équipes de football* qui préparent leur jeu en petit groupe hors de portée de voix[49].

Que la métaphore soit tirée des sports ou (comme dans le cas du témoignage de M. Guité devant le Comité des comptes publics) de la stratégie militaire, la conclusion est la même : la Loi est utilisée par des acteurs dont les buts sont hostiles au gouvernement et une défense solide est donc justifiée.

3.2
Changements dans l'utilisation de la Loi

Un autre facteur qui peut envenimer la confrontation, c'est la hausse du nombre et de la sophistication des demandes d'accès délicates. Un fonctionnaire de la *LAI* engagé dans la révision des procédures de CIC pour gérer les demandes politiquement délicates a noté dans un courriel interne en 2002 que :

> [Traduction]
>
> les demandes d'accès sont plus pénétrantes qu'elles ne l'étaient autrefois. Elles sont beaucoup plus nombreuses et elles impliquent souvent beaucoup plus de dossiers et des dossiers plus délicats. Par conséquent, l'administration de la *LAI* est beaucoup plus complexe qu'elle ne l'était il y a 10 ans — plus difficile pour nous et plus menaçante pour le gouvernement[30].

Du point de vue du gouvernement, cette observation est probablement juste. Il est difficile de mesurer l'augmentation des demandes partisanes parce que ces données ne sont pas rendues publiques. Il est sans doute vrai cependant que le nombre des demandes des médias a augmenté. Durant ses cinq dernières années (de l'exercice 1989 à l'exercice 1993), le gouvernement conservateur a reçu un total de 4 823 demandes des journalistes; en revanche, le gouvernement libéral a reçu 12 535 demandes des médias au cours des cinq années qui se sont terminées avec l'exercice 2004[31]. L'examen de cas isolés révèle de plus que les journalistes (et peut-être d'autres demandeurs) ont acquis une meilleure compréhension des pratiques bureaucratiques et de la Loi, leur permettant de faire des demandes plus précises et plus difficiles à contourner. Il se peut aussi que les partisans et les journalistes soient plus susceptibles d'inonder un ministère de demandes d'accès lorsqu'il est controversé, entraînant une hausse soudaine de demandes politiquement délicates. Par exemple, Développement des ressources

humaines Canada (DRHC) a vu le nombre de demandes d'accès des seuls journalistes passer de 36 en 1999 à 199 l'année suivante à la suite de la controverse des « octrois et contributions ».

3.3
Milieu gouvernemental plus complexe

La résistance aux exigences de la Loi d'accès est aussi inspirée par des inquiétudes plus générales à propos de l'érosion de l'aptitude du gouvernement à gouverner efficacement. Ces inquiétudes ne sont pas tout à fait nouvelles ni limitées aux responsables politiques canadiens[51]. Il y a cependant des raisons pour lesquelles ces inquiétudes se sont avivées depuis une décennie. D'une part, les décideurs politiques perçoivent un déclin d'autorité, qui est lié aux processus de mondialisation et de contraintes fiscales plus rigides. D'autre part, ils voient un environnement qui semble plus complexe et agité. Dans la plupart des démocraties avancées, le nombre de groupes d'intérêt a augmenté tout comme le nombre de vérifications externes (des vérificateurs, des commissaires et des ombudsmans) avec pouvoir d'examiner minutieusement le travail du gouvernement.

Au Canada, le professeur Donald Savoie a observé que les hauts fonctionnaires [Traduction] « affrontent un milieu de travail analogue à un parfait orage. Ils feraient aussi bien de travailler dans une maison de verre, avec la *Loi sur l'accès à l'information*, la quantité d'organismes qui surveillent leur travail et l'agressivité des médias »[52]. Un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) exprimait une inquiétude semblable en 1996, disant que les gouvernements faisaient face à « de vives pressions des citoyens, transmises ou provoquées par les médias, exigeant des réactions rapides ». On pourrait abuser des mécanismes destinés à améliorer la capacité de réaction — « politique de consultation avec le public, liberté d'information et transparence » — et entraver une action gouvernementale constructive, disait le rapport de

l'OCDE. Il concluait qu'il était important de résister aux « pressions excessives » des médias et des groupes de pression : les gouvernements devaient « avoir une politique de communication plus active pour garder la maîtrise de leur programme et ne pas simplement réagir passivement à la pression des événements »[14].

Pour ceux qui s'inquiètent du déclin de l'aptitude à gouverner, le rôle changeant des médias est souvent une préoccupation particulière. La structure des médias a certes changé : les médias traditionnels ont été débordés par les nouvelles technologies de sorte qu'il y a beaucoup plus de débouchés pour les nouvelles qui rivalisent les uns avec les autres dans un cycle accéléré d'information. Nous vivons à l'ère Blackberry et cela alimente naturellement l'angoisse officielle à propos de la perte de contrôle des flux d'information. S'ajoute à ces changements structurels ce qu'on perçoit comme une détérioration de l'*attitude* des médias envers l'autorité gouvernementale. Comme l'a dit récemment l'archevêque de Canterbury, les journalistes commencent trop souvent à supposer que:

> [Traduction]
>
> la question à poser à presque n'importe qui . . . est l'éternelle : « Pourquoi ce salaud me ment-il ? » . . . Cela a pour effet de traiter de malfaisantes toutes les formes de réticence . . . Exposer ce qui est dissimulé pour une raison ou pour une autre devient une fin en soi parce que la raison de toute dissimulation ne peut être autre que la corruption et la mystification . . . [La politique est] réduite à un champ de bataille où l'information est extorquée de détenteurs de pouvoir réticents et cachottiers[15].

Au Canada, l'inquiétude générale au sujet de l'aptitude à gouverner est amplifiée par la préoccupation constante des questions constitutionnelles. À preuve la controverse du Programme de commandites : M. Guité a rappelé que lui et les autres fonctionnaires

avaient pris la décision d'éviter la tenue de dossiers « durant l'année du référendum, en 1994 et 1995 »[56], alors que la menace pour l'unité nationale semblait particulièrement vive. Cette préoccupation n'était pas nouvelle ni exclusive au gouvernement libéral. Entre 1991 et 1993, le gouvernement conservateur a tenté d'empêcher la divulgation aux journalistes des sondages d'opinion sur les questions constitutionnelles sous prétexte qu'elle pouvait saper « l'existence même du pays que nous connaissons ». (La Cour fédérale du Canada a donné raison aux journalistes)[57].

3.4
Perceptions d'injustice

Le dernier argument invoqué pour justifier l'antagonisme officiel, c'est le sentiment que la conception de la Loi est injuste en omettant de bloquer les demandes qui ne servent aucun intérêt légitime ou qui drainent excessivement les ressources publiques. Il peut arriver en effet qu'on abuse des lois d'accès, comme de toutes les autres lois. Dans de rares cas, les fonctionnaires peuvent recevoir des demandes d'information dont l'objectif n'est pas d'obtenir de l'information essentielle dans un but important, mais plutôt de harceler les employés du gouvernement et d'entraver le travail du gouvernement. De telles demandes sont rares, a dit un comité de hauts fonctionnaires au Groupe d'étude de l'accès à l'information en 2001, mais « elles donnent à l'accès un mauvais nom »[58]. La Loi d'accès ne donne pas aux institutions fédérales le pouvoir explicite de ne pas faire cas de telles demandes, comme le font des lois provinciales. La *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario, par exemple, refuse l'information si « la personne responsable est d'avis, sur la base de motifs raisonnables, que la demande d'accès est frivole ou vexatoire »[59].

Plus souvent, une demande peut avoir un but légitime, mais elle draine de façon disproportionnée les ressources publiques. Les frais de

traitement d'une seule demande d'accès ne sont pas négligeables : en 2000, une étude du Secrétariat du Conseil du Trésor a conclu que les frais annuels d'administration de la *LAI* s'élevaient à 24,9 millions de dollars, ou environ 1 740 $ par demande d'information reçue cette année-là[60]. Un individu peut activer une demande en ne payant que cinq dollars; des frais additionnels peuvent finalement être exigibles, mais ils ne représentent qu'une fraction de l'ensemble des frais de traitement de la demande. Il y a, il faut le dire clairement, de solides arguments en faveur du subventionnement public du régime d'accès. Toutefois, beaucoup de fonctionnaires croient que la subvention est trop généreuse ou mal conçue et que les demandeurs ne sont pas suffisamment dissuadés « de faire des demandes vagues et d'aller à la pêche »[61]. Cela sape aussi le respect de la Loi.

4 Réponse à l'antagonisme

En reprenant ces justifications de l'antagonisme, je ne voulais pas suggérer qu'elles sont forcément complètes ou persuasives. Ces plaintes doivent être mises dans la balance avec les arguments irréfutables en faveur de la transparence et ne justifient pas les pratiques secrètes qui ont pour effet de dévaloriser les droits reconnus par la *Loi sur l'accès à l'information*. Il est néanmoins important de reconnaître que les arguments invoqués par les fonctionnaires pour défendre les pratiques actuelles sont convaincants; cela laisse entendre qu'il est peu probable que les pratiques soient changées facilement.

4.1 Une vue réaliste de la *LAI*

Cela suggère la nécessité d'une perspective plus réaliste sur le rôle de la Loi. Les décideurs politiques ont souvent présenté les lois d'accès à l'information comme des outils pour éliminer la « culture du secret » à l'intérieur des gouvernements et la remplacer par une « culture d'ouverture » — une culture, a dit le juge Michael Kirby de la Haute

cour d'Australie en 1997, « qui ne demande pas pourquoi l'individu *devrait* obtenir l'information qu'il recherche, mais plutôt pourquoi il *ne devrait pas* »[62]. Plus tôt, j'ai appelé cela la vue idéaliste de la *Loi sur l'accès à l'information*. C'est une vue très répandue. Peu après l'adoption de la Loi sur la liberté d'information en Irlande en 1997, par exemple, le commissaire à l'information Kevin Murphy a observé :

> [Traduction]
>
> [La Loi] a été décrite comme annonçant « la fin de la culture du secret dans la fonction publique » et comme un « virage radical » vers un brave nouveau monde d'ouverture et de transparence de la fonction publique. Je sais que les gens des médias... peuvent voir une telle déclaration comme rien de plus qu'une hyperbole; néanmoins, c'est un fait que la promulgation de la Loi sur la liberté d'information marque un virage radical d'un style ou d'une culture de fonction publique à un autre[63].

La Loi sur la liberté d'information adoptée en Grande-Bretagne en 2000 a aussi été décrite comme un outil pour juguler la « culture traditionnelle du secret » et édifier « une nouvelle culture d'ouverture »[64].

En pratique cependant, la « culture d'ouverture » s'est révélée difficile à atteindre. Le 40e anniversaire de la FOIA américaine en 2006 ne sera pas marqué par la célébration d'un changement de culture, mais par la controverse persistante entourant les efforts de l'administration Bush pour réduire ses obligations en vertu de la Loi[65]. Il n'y a pas non plus d'indications de changements profonds dans la culture bureaucratique des pays du Commonwealth qui ont adopté des lois semblables à la fin des années 1970 et au début des années 1980. En mai 2005, le commissaire à l'information John Reid a terminé son mandat en déplorant « la persistance opiniâtre d'une culture du secret » au sein du gouvernement canadien[66]. En 2002, le Groupe d'étude de l'accès

à l'information du gouvernement en est arrivé à une conclusion semblable sur la durabilité des vieilles valeurs dans les institutions fédérales[67].

Ce n'est pas dire que les lois d'accès ont échoué comme outils pour obtenir des renseignements que détiennent les institutions gouvernementales. Au contraire, les ministères du gouvernement ont souvent été forcés de divulguer aux journalistes, aux partis d'opposition et aux organisations non gouvernementales des renseignements délicats qui n'auraient jamais été accessibles auparavant. Dans bien des cas, les institutions ont élaboré de nouvelles procédures pour la publication routinière de renseignements fréquemment demandés en vertu de la Loi. Les gouvernements sont devenus plus ouverts; mais cela ne veut pas dire qu'ils ont acquis une « culture d'ouverture ». Cela veut simplement dire que les règles qui régissent le conflit sur l'information ont changé en faveur de l'ouverture et que les fonctionnaires du gouvernement (en règle générale) reconnaissent en fin de compte leur obligation de se soumettre à la Loi.

Si une « culture du secret » persiste après deux décennies, qu'y faire? Une solution, que privilégie le rapport récent du Groupe d'étude de l'accès à l'information, c'est un effort renouvelé pour créer une « culture d'accès »[68]. Une autre solution, peut-être plus réaliste, c'est de reconnaître que la « culture d'ouverture » est probablement inaccessible. Dans certains domaines, le conflit sur l'information persistera — et peut en fait s'intensifier, soit à cause de changements dans le contexte plus large de la gouvernance ou simplement parce que les protagonistes sont devenus plus experts à utiliser la Loi et à mettre au point des techniques pour en atténuer l'effet. Le but de la réforme dans ce cas n'est pas de changer la culture organisationnelle ni de nier la réalité du conflit, mais d'élaborer des règles d'engagement qui soient transparentes, perçues comme justes et correctement mises en application.

4.2
Procédures transparentes pour les demandes délicates

Suivant ces critères, les procédures spéciales établies par TPSGC et plusieurs autres ministères pour les demandes délicates appellent nettement une réforme. Dans ce cas, un principe de base de la transparence n'est pas respecté : les institutions invoquent pour traiter les demandes d'accès des règles qui infirment clairement le droit d'accès, mais qui sont généralement cachées au public. Il ne devrait pas être nécessaire d'instituer une enquête publique ou de déposer une demande d'accès pour déterminer ce que sont ces règles. Chaque institution devrait normalement publier sur son site Internet ses procédures internes de traitement des demandes, y compris toute procédure spéciale de traitement des demandes délicates. Les procédures publiées devraient être complètes : une institution ne devrait pas être autorisée à invoquer des règles additionnelles non publiques.

Il y a aussi un problème d'injustice dans la conception actuelle des procédures d'accès des grandes institutions, qui isolent systématiquement les demandes des partis d'opposition et des médias et les traitent suivant des règles distinctes qui produisent des résultats moins favorables aux demandeurs. (Du moins d'après la mesure des délais de réponse, qui sont souvent d'importance critique pour les demandeurs des médias et des partis d'opposition.) Il se peut fort bien que les institutions soient en droit de prévoir les conséquences de la divulgation de renseignements; mais rien dans la Loi ne les autorise à atteindre ce but en sapant le principe d'égalité de traitement.

Le défi, c'est de décider comment les pratiques devraient être remaniées de façon à respecter le principe d'égalité de traitement. Il n'est pas raisonnable de suggérer que les institutions renoncent tout simplement à prévoir les répercussions de la communication de renseignements délicats. Il faut donc trouver moyen de s'assurer que ce travail n'infirme

pas le droit d'accès. Une solution serait d'encourager le commissaire à l'information à surveiller le traitement de l'ensemble des demandes délicates; mais cela suppose que le bureau du commissaire ait les ressources nécessaires, comme je le note plus bas. Une autre solution serait de faire d'un avis au demandeur la condition d'emploi de procédures spéciales. Ce n'est pas une exigence onéreuse — ça pourrait être noté dans l'accusé de réception de la demande et dans l'avis de prolongation du délai — mais on avise le demandeur que le traitement spécial peut entraîner un retard excessif à répondre.

4.3
Protection de l'identité

L'équité de traitement des demandes d'accès exige aussi des règles fermes pour assurer la protection de la vie privée des demandeurs. En pratique, il est difficile de déceler des cas d'intrusion dans de la vie privée. Une façon de décourager les pressions pour divulguer l'identité des demandeurs serait d'inclure dans la Loi une défense expresse stipulant qu'une telle pratique serait généralement inadmissible. Le commissaire à l'information a recommandé qu'on adopte une telle disposition en 2001[69].

Comme je l'ai dit plus tôt cependant, la divulgation de la profession du demandeur (par exemple, un demandeur des médias) peut aussi mener à une violation de fait de la vie privée. La pratique de classer les demandes selon leur source était d'abord destinée à éclairer le public sur l'utilisation de la *LAI* et la raison vaut toujours. Mais il se peut que les risques pour la vie privée l'emportent sur le but qu'on recherche en faisant circuler ce renseignement ailleurs dans l'institution — ou dans le gouvernement.

Il faut avouer que l'interdiction d'ébruiter la profession du demandeur a ses limites. Supposons, par exemple, qu'un responsable de l'accès faisant « l'évaluation du risque » d'une nouvelle demande continue de présumer que les demandes des médias et des partis d'opposition sont délicates.

L'étiquetage d'une demande comme délicate indiquerait qu'elle provient de l'une de ces sources. Le risque pour la vie privée serait cependant dilué dans ce cas : la classe de demandeurs est plus vaste, non seulement parce que les demandes des médias et des partis d'opposition sont confondues, mais aussi parce que des demandes délicates peuvent provenir d'autres sources.

4.4
Autonomie des coordonnateurs

L'une des grandes difficultés d'assurer la mise en application équitable des exigences de la Loi d'accès, c'est qu'une si grande part du processus se déroule hors de la vue du public. Les demandeurs ne peuvent pas voir ce qu'on fait à l'intérieur d'une institution et le commissaire à l'information n'a pas les moyens de surveiller étroitement ce qui s'y passe. En pratique, le coordonnateur de l'accès joue un rôle clé dans la surveillance des règles du jeu.

Deux mesures peuvent être prises pour renforcer la position de gardien de la Loi du coordonnateur de l'accès. L'une, d'abord recommandée par le Comité permanent des communes sur la justice en 1987, est de reconnaître explicitement dans la Loi le rôle du coordonnateur[70]. Le commissaire à l'information a endossé cette recommandation. L'objet de la proposition n'est pas de faire du coordonnateur le défenseur des intérêts du demandeur : ce serait plutôt une reconnaissance formelle de la responsabilité du coordonnateur (selon les termes proposés par le commissaire) « de respecter la lettre et l'objet de la Loi et de s'acquitter de cette fonction avec objectivité et impartialité »[71].

Cela dit, il y a lieu de plaider pour une seconde mesure : la reconnaissance formelle du devoir de venir en aide aux individus qui cherchent à exercer leurs droits en vertu de la Loi d'accès. Ce n'est pas une innovation radicale : un « devoir d'assistance » est inclus dans les lois de la Colombie-Britannique[72] et de l'Alberta,[73] de même que

dans la nouvelle loi du Royaume-Uni[74]. La loi de la Colombie-Britannique oblige les institutions à « faire tout ce qu'il est raisonnable de faire pour venir en aide aux demandeurs et leur répondre franchement, correctement et complètement ». Les coordonnateurs fédéraux de l'accès à l'information reconnaissent ce principe en pratique, mais le texte de la Loi pourrait renforcer leur position lorsqu'ils sont en butte à des pressions indues de la part d'autres secteurs de leur institution.

4.5
Financement du commissaire

Des mesures devraient aussi être prises pour modifier la méthode de financement du bureau du commissaire à l'information. À l'heure actuelle, le bureau du commissaire fait part de ses besoins et son budget est établi par le Conseil du Trésor — un comité du Cabinet. Cela crée un conflit d'intérêts évident; un Cabinet indifférent aux objectifs de la Loi d'accès peut en même temps faire fi de la Loi et infirmer la capacité du commissaire de faire enquête sur les plaintes qui résultent de son indifférence.

Ce n'est pas une crainte hypothétique. Au début des années 1990, la réduction des budgets administratifs de plusieurs institutions fédérales a prolongé presque partout les délais de réponse aux demandes d'accès, ce qui a entraîné une hausse spectaculaire du nombre de plaintes de non-conformité au bureau du commissaire à l'information (tableau 3). Mais le budget du commissaire a essentiellement été gelé pour cinq ans. Plus les dossiers s'accumulaient, plus on mettait du temps à les régler[75]. La tentative du commissaire de se servir de son pouvoir formel d'enquête pour pousser les cadres supérieurs à corriger les retards a mené à une sérieuse détérioration des rapports entre son bureau et les plus hauts échelons de la bureaucratie fédérale[76].

La crise des années 1990 s'est maintenant estompée, mais le nombre de dossiers à traiter au bureau du commissaire reste anormalement élevé. Le commissaire a déclaré récemment au Comité de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique que son bureau est en proie à une « crise d'insuffisance de fonds » :

> [Traduction]
>
> Le nombre d'enquêtes inachevées est tel que mes 23 enquêteurs mettraient une année entière à en venir à bout . . . L'an dernier, il fallait en moyenne neuf mois pour compléter une enquête — au moins six mois de plus qu'il n'est raisonnablement acceptable. La raison, c'est que nous n'avons pas suffisamment de ressources. Toutes les possibilités de gain d'efficacité à l'interne ont été exploitées. Nous n'avons tout simplement pas assez d'enquêteurs pour faire un travail qui commande beaucoup de temps. Mon bureau n'a pas non plus de personnel de recherche, de politique, de formation, d'éducation publique ou de communications. Nous l'avons sacrifié dans notre quête de ressources internes à consacrer aux enquêtes[77].

Ce manque de fonds amoindrit la capacité du commissaire de surveiller l'ensemble du régime d'accès, peut-être en entreprenant des études des pratiques problématiques à l'échelle du gouvernement. Un autre modèle de financement est déjà considéré pour le bureau du commissaire à l'éthique. Selon ce modèle, le commissaire à l'éthique proposera un budget au président de la Chambre des communes; après examen, le budget sera expédié au Conseil du Trésor pour être inclus, sans modification, dans les prévisions budgétaires du gouvernement[78]. En mai 2005, le Comité de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique a endossé une réforme comparable du mécanisme de financement du commissaire à l'information et des autres agents du Parlement[79].

4.6
Nomination du commissaire

D'autres réformes pourraient aussi être envisagées pour établir un régime d'accès généralement considéré comme équitable. L'une est dans la manière dont les commissaires à l'information sont nommés. Si le processus de demande d'information est, dans bien des cas, antagoniste, il importe que le commissaire soit universellement considéré comme une personne qui peut agir en arbitre vraiment indépendant. La méthode actuelle de nomination — par arrêté en conseil, sous réserve de l'approbation de la nomination par résolution des deux chambres du Parlement — ne remplit pas cet objectif. Elle laisse trop de discrétion au gouvernement en place et elle a tendance en pratique à saper le respect du public pour la Loi[80].

Cela a été démontré en 1998 lorsque le gouvernement se préparait à remplacer le commissaire sortant John Grace. Le bruit a d'abord couru que le gouvernement Chrétien entendait proposer un ancien sous-ministre de la justice, une idée qui a vivement été critiquée par la presse. Finalement, le gouvernement a proposé un autre ancien sous-ministre, Mary Gusella; mais Mme Gusella s'est récusée après les protestations de l'ancien commissaire Grace[81], des éditorialistes et des députés de l'Opposition. Le gouvernement et les chefs de l'Opposition se sont finalement entendus sur John Reid comme solution de remplacement, mais le processus par lequel on est arrivés à cette entente manquait de transparence et a été contesté par les groupes non gouvernementaux. L'effet qui subsiste encore de la controverse, c'est qu'elle a sapé la légitimité du poste même.

Il y a de meilleures solutions. Un modèle, employé ailleurs pour la nomination des juges, consiste à former un comité indépendant, qui considère les candidatures et propose une liste de candidats sélectionnés. Un tel comité peut inclure des représentants du gouvernement et des

autres partis, et peut-être aussi des commissaires provinciaux à l'information. Le comité pourrait inviter des candidatures ou simplement donner son avis à titre confidentiel sur les candidats proposés. Un tel organisme pourrait fonctionner de plusieurs façons différentes — conduisant toutes à des décisions manifestement plus justes que celles qui résultent du statu quo.

4.7
Contrôles administratifs plus stricts

L'efficacité de la Loi dépend aussi de la perception *à l'intérieur* des institutions fédérales que les règles du jeu sont justes. Le respect de la Loi — et donc la conformité avec ses exigences — pourrait aussi être renforcé par des mesures de protection contre les risques d'abus. La Loi devrait contenir une disposition semblable à celle déjà incluse dans la Loi de l'Ontario, prévenant les demandes « frivoles et vexatoires ». Une modeste hausse des frais de dépôt des demandes et autres — contrebalançant en partie l'effet de 20 années d'inflation — pourrait aussi mettre un frein aux demandes d'accès coûteuses. Il y a enfin de bonnes raisons de limiter les demandes qui imposent un fardeau excessif aux institutions fédérales[87].

La controverse autour du Programme de commandites n'implique pas directement de problèmes de demandes frivoles, vexatoires ou volumineuses. Il se peut cependant qu'on ait justifié l'indifférence pour les exigences de la Loi par le fait que la Loi même équilibre mal les considérations contradictoires; et, dans la mesure où des contrôles administratifs raisonnables aident à améliorer le caractère raisonnable de la Loi aux yeux des gens, ils peuvent permettre d'éviter de semblables problèmes de résistance officielle dans l'avenir.

5 Le champ d'application de la Loi

Une limite évidente de toute loi d'accès, c'est son incapacité d'assurer le droit à l'information que détiennent les institutions qui n'y sont pas soumises. Cette contrainte a semblé opérer durant l'affaire du Programme de commandites, qui a impliqué des sociétés — comme Postes Canada, VIA Rail Canada et le Vieux-Port de Montréal — qui ne sont pas soumises à la *Loi sur l'accès à l'information*. Sa couverture restreinte des institutions dans lesquelles le gouvernement fédéral a un intérêt est depuis longtemps l'une des faiblesses de la Loi d'accès. Cette faiblesse a été aggravée depuis une décennie du fait que le gouvernement a fait l'essai d'autres formes de prestation de services.

La Loi d'accès ne traite pas toutes les sociétés d'État sur le même pied et le gouvernement résiste depuis longtemps aux pressions en faveur de la rationalisation de son champ d'application. Seulement 28 des 46 sociétés d'État sont soumises à la Loi[54]. En 1987, le Comité permanent de la justice a recommandé d'étendre la Loi à toutes les sociétés d'État. Le gouvernement a rejeté la recommandation et n'a promis que de revoir la question[55]. En 1996, un comité établi pour revoir les activités de Postes Canada a aussi recommandé d'assujettir à la Loi les activités non concurrentielles de la société[56]. En 2002, le Groupe d'étude de l'accès à l'information a encore recommandé d'assujettir plus de sociétés d'État à la Loi, tout en suggérant d'ajouter de nouvelles exemptions dans certains cas pour protéger des intérêts cruciaux[57].

En février 2005, le gouvernement a affirmé qu'il était disposé à inclure (par arrêté en conseil) 10 des sociétés d'État exclues, dont la Société du Vieux-Port de Montréal[58]. Il a indiqué en même temps que sept autres sociétés d'État — dont Postes Canada et Via Rail — n'y seraient pas assujetties jusqu'à ce que la Loi soit modifiée pour exempter certains types d'information qu'elles détiennent[59]. En avril 2005, le ministre de la Justice a annoncé que la modification de la Loi dans ce sens serait reportée jusqu'à ce que le Comité permanent de l'accès à l'information,

de la protection des renseignements personnels et de l'éthique ait terminé sa révision de la Loi[89].

Il sera crucial de déterminer durant cette révision l'ampleur des exemptions qu'on estime être une condition préalable à l'assujettissement de sociétés d'État comme Postes Canada et Via Rail à la Loi. Le gouvernement semble envisager l'addition d'exemptions qui permettraient aux sociétés de cacher des renseignements d'affaires confidentiels ou des renseignements reçus à titre confidentiel d'autres parties, sans avoir à démontrer que leur divulgation peut entraîner un risque de préjudice comme l'exigent les exemptions actuelles[90]. De telles exemptions seraient contraires à la logique fondamentale des lois d'accès à l'information — soit que les décisions de taire l'information devraient être prises après en avoir pesé les avantages et désavantages — et tempéreraient sensiblement les bénéfices de l'assujettissement de ces sociétés à la Loi.

L'impression que peuvent donner toutes ces années de délibération, c'est que l'extension de la *Loi sur l'accès à l'information* aux sociétés d'État est un exercice très problématique ou techniquement compliqué. Ce n'est pas le cas. Beaucoup d'autres pays ont une vue plus étendue. Par exemple, le service des postes des États-Unis, les Postes royales en Grande-Bretagne, Postes Australie et Postes Nouvelle-Zélande sont toutes soumises aux lois d'accès comme la *LAI*, alors que Postes Canada ne l'est pas. La Société Radio-Canada n'est pas assujettie à la Loi d'accès, mais bien d'autres sociétés semblables — la British Broadcasting Corporation, l'Australian Broadcasting Corporation, Television New Zealand et la radio-télévision irlandaise RTÉ — sont couvertes, avec des exemptions pour le matériel des nouvelles ou des émissions. Des sociétés avec des fonctions analogues à celles de VIA Rail — comme Amtrak aux États-Unis — sont aussi tenues de se conformer aux lois nationales d'accès; dans ce secteur, la comparaison est compliquée par les différences de structure des systèmes de chemins de fer nationaux.

Il faut souligner que l'assujettissement des sociétés d'État n'apporterait qu'une solution partielle au problème du champ d'application de la *LAI*. Il faut aussi tenir compte d'une variété d'autres mécanismes sur lesquels on compte depuis quelque temps pour la prestation de services publics. Ceux-ci incluent :

- les entreprises qui effectuent une partie de plus en plus grande de travaux autrefois exécuté par les institutions fédérales;
- de nombreux « autres intérêts » du gouvernement fédéral (tableau 3), comme le service de contrôle de la circulation aérienne Nav Canada, et des sociétés qui dépensent des sommes considérables provenant du gouvernement fédéral, comme la Fondation canadienne pour l'innovation; et
- d'autres organismes de consultation ou de prestation de services créés sur l'initiative du gouvernement fédéral, mais qui ne sont pas reconnus comme des organismes du gouvernement fédéral, comme les grandes autorités aéroportuaires[91], la Société de gestion des déchets nucléaires[92] et la Société canadienne du sang[93].

Il n'existe pas de normes claires pour déterminer quels organismes devraient être assujettis à la Loi d'accès. Comme l'a fait observer le Groupe d'étude de l'accès à l'information en 2002 :

> [Traduction]
>
> Le gouvernement continue de créer des organismes destinés à remplir une fonction publique à quelque distance du gouvernement. La Loi peut s'appliquer ou ne pas s'appliquer à ces organismes . . . Nous n'avons pu trouver de raisons évidentes ni de critères apparents pour déterminer lesquels de ces organismes devraient être soumis à la Loi. Nous sommes d'avis que la démarche actuelle est insatisfaisante. . . . Il faut pouvoir s'appuyer sur des principes pour déterminer l'assujettissement à la Loi[94].

Il n'existe pas non plus de mécanisme assurant qu'on prend en considération la question de savoir si les organismes nouvellement créés doivent être soumis à la Loi. Comme l'a encore fait observer le Groupe d'étude, « il n'y a apparemment pas de processus formel au sein du gouvernement pour assurer que l'application de la Loi est considérée lorsque de nouvelles institutions sont créées »[95].

Encore une fois, la réforme de la Loi pour l'adapter à de nouveaux modes de prestation de services n'est pas une tâche techniquement difficile. Par exemple, les lois de la Nouvelle-Zélande et de l'Irlande présument que les dossiers de l'entrepreneur sont détenus par l'agence contractante et sont soumis au droit d'accès. Quelques lois renferment aussi des formules établissant qu'un organisme est assujetti à la Loi si son financement dépend largement du gouvernement; s'il est en fait sous l'autorité du gouvernement (par la nomination de son conseil d'administration, par exemple); s'il remplit une fonction publique importante du ressort du gouvernement; ou s'il détient des renseignements dont la publication est essentielle à la protection de l'intérêt fondamental d'un citoyen[96]. Certaines lois (comme la *Freedom of Information Act* du Royaume-Uni[97]) énumèrent des critères, mais laissent au gouvernement le soin de décider si une entreprise qui répond à ces critères doit être ajoutée à la liste des institutions soumises à la Loi.

On a proposé une variété de solutions pour traiter avec les entrepreneurs et les entreprises quasi gouvernementales au Canada. Le Groupe d'étude de l'accès à l'information a proposé que la politique d'approvisionnement du gouvernement soit modifiée pour assurer un droit d'accès aux dossiers de l'entrepreneur et que le gouvernement entreprenne une étude des entreprises quasi gouvernementales et les ajoute à la liste des institutions fédérales soumises à la Loi si :

- le gouvernement nomme la majorité des membres du conseil d'administration, assure tout son financement par ses opérations ou a une participation majoritaire; ou

- l'institution remplit des fonctions dans un domaine du ressort fédéral en matière de santé et de sécurité, d'environnement ou de sécurité économique; à moins que

- son assujettissement soit « incompatible avec sa structure ou son mandat »[98].

Le commissaire à l'information, en revanche, a recommandé que la Loi soit amendée de façon à assurer que les institutions fédérales gardent le contrôle de tous les dossiers découlant des contrats de service. La nouvelle Loi obligerait aussi le gouvernement à ajouter à la liste des institutions assujetties toute nouvelle entreprise qui remplit l'un ou l'autre des six critères suivants :

- elle est financée en tout ou en partie par des crédits du Parlement ou elle est un élément administratif de l'institution du Parlement;

- elle ou sa société mère appartient (en tout ou en majorité) au gouvernement du Canada;

- elle est inscrite dans les annexes I, I.1, II ou III de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

- elle ou sa société mère est dirigée ou gérée par une ou plusieurs personnes nommées en vertu d'une loi fédérale;

- elle remplit des fonctions ou offre des services en vertu d'une loi fédérale ou d'un règlement fédéral; ou

- elle remplit des fonctions ou offre des services dans un domaine du ressort fédéral qui sont essentiels à l'intérêt public comme la santé, la sécurité, la protection de l'environnement ou la sécurité économique[99].

Une différence clé entre ces deux solutions, c'est la mesure dans laquelle on se fie au gouvernement pour prendre les décisions propres à assurer que la *LAI* maintient le champ d'application qui convient : le

Groupe d'étude est prêt à se fier à la discrétion de l'exécutif alors que le commissaire à l'information ne l'est pas. D'autre part, il semble y avoir consensus sur les critères à utiliser pour déterminer si une entreprise doit tomber sous le coup de la Loi, incluant un ensemble de considérations relatives à l'intérêt prépondérant, au financement, à l'importance de la fonction et à l'autorité dont elle relève.

Dans l'avant-projet qu'il a déposé récemment, le ministre de la Justice ne fait aucun commentaire sur le traitement des dossiers d'entrepreneur et n'exprime aucune opinion sur le mérite des critères d'assujettissement des entreprises quasi gouvernementales proposés par le Groupe d'étude ou le commissaire à l'information, sauf pour dire que tout critère devrait avoir rapport aux « caractéristiques stables de l'entreprise ». Le ministre préfère une formule qui réserve au gouvernement le soin de décider de l'assujettissement des entreprises, mais laisse entendre que le gouvernement peut être prêt à se laisser convaincre de l'obligation de rendre compte annuellement de ses décisions[100].

Il est peu probable que le mouvement en faveur de nouveaux modes de prestation de services s'apaise. Par conséquent, il faut trouver une meilleure façon d'inscrire ces modes dans le régime de transparence établi par la Loi d'accès; sinon, on consent à l'érosion lente de ce régime. Une politique explicite de traitement des dossiers d'entrepreneur est donc nécessaire, de même qu'une politique explicite de traitement des entreprises quasi gouvernementales. De plus, une politique qui est inscrite dans le texte de la Loi est préférable à une politique qui dépend principalement de la bonne volonté de l'exécutif. (L'indifférence apparente de l'exécutif à l'effet de la restructuration sur le fonctionnement de la Loi d'accès depuis 15 ans en est peut-être la preuve la plus convaincante.) Les réformes proposées par le commissaire à l'information sont donc préférables à celles proposées par le Groupe d'étude, même s'il peut y avoir matière à discussion sur la définition précise des critères qui devraient déclencher l'obligation d'inscrire les nouvelles sociétés dans la liste des institutions soumises à la Loi.

6 Conclusion

Quoique la *Loi sur l'accès à l'information* ait ses difficultés et qu'elle n'ait pas réussi à opérer un « changement dans la culture » des institutions fédérales, il serait inopportun d'en conclure que c'est une politique qui a échoué. C'est loin d'être le cas. Chaque année, des milliers de demandes sont déposées qui remplissent d'importants objectifs publics : elles assurent l'égalité de traitement des citoyens et des entreprises, elles favorisent une meilleure compréhension de la prise de décisions au sein du gouvernement et elles encouragent un climat d'affaires qui est considéré comme stable et transparent.

De plus, la Loi d'accès est d'un bon rapport qualité-prix, même s'il arrive que des demandes drainent les ressources du gouvernement de manière disproportionnée. Comme je l'ai noté plus tôt, les frais d'administration de la Loi se sont élevés à 25 millions de dollars environ en 2000; ils auront grimpé sensiblement depuis à cause de l'augmentation des demandes et des frais afférents. Néanmoins, il faut garder le sens des proportions. Le gouvernement fédéral prévoyait dépenser 393 millions de dollars pour ses activités d'information — services de publicité, de relations et d'affaires publiques; et services de publication, d'impression et d'exposition — durant l'exercice 2005[101]. La somme dépensée pour la Loi d'accès — ce qu'on pourrait appeler la diffusion « incontrôlée » d'information — ne représente qu'une fraction de la somme affectée à la diffusion « contrôlée ».

La Loi d'accès a cependant besoin d'être réformée. Ce n'est pas étonnant; c'est un régime qui a plus de 20 ans et est chapeauté par une Loi qui n'a jamais été refondue. Toute réforme doit prendre en considération les deux questions explorées dans ce document. L'antagonisme est une caractéristique incontournable de l'administration de la Loi, surtout dans le cas des 4 000 à 5 000 demandes d'information déposées chaque année qui sont considérées comme présentant des

risques politiques pour le gouvernement en place[107]. Le problème de l'antagonisme doit être abordé directement. Comme je l'ai noté plus tôt, il suffit de quelques réformes simples pour donner aux demandeurs et aux fonctionnaires l'assurance que les « règles du jeu » sont transparentes, justes et correctement mises en application.

La Loi doit aussi être adaptée aux nouvelles réalités de la gouvernance. Il est évident que notre ancienne conception du secteur public — selon laquelle le travail public était essentiellement exécuté dans les ministères du gouvernement dont le personnel se composait de fonctionnaires publics — est dépassée. Le « secteur public » est devenu un assortiment varié d'acteurs gouvernementaux, quasi gouvernementaux et « privés » et il y a de bonnes raisons de penser que ce processus de fragmentation va se poursuivre. Une loi qui ne tient pas compte de ce changement fondamental dans la structure des institutions gouvernementales aura de moins en moins de valeur comme outil pour assurer la transparence de l'exécution du travail public.

Graphique 1 : nombre de demandes selon la source, 1986-2004

Basé sur les données des rapports annuels déposés par les institutions fédérales en vertu de l'article 72 de la *Loi sur l'accès à l'information* et présentées sous forme de tableau par le Secrétariat du Conseil du Trésor.

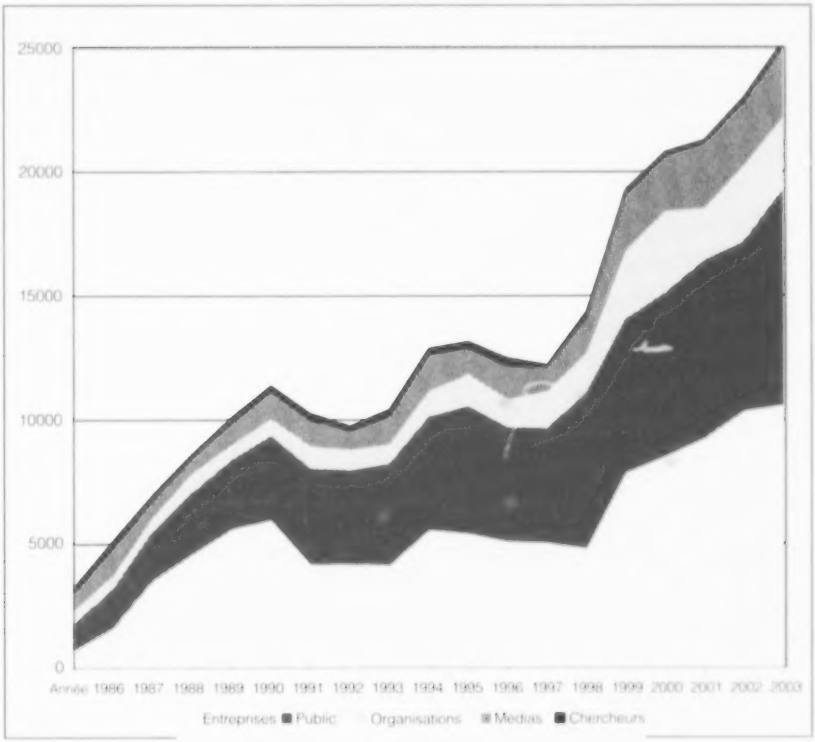


Tableau 1 : distribution des demandes selon la source et le sujet

Basé sur l'analyse d'un échantillon de 663 demandes d'accès choisies au hasard parmi une liste de demandes reçues par les institutions fédérales et entrées dans le Système de coordination des demandes d'accès à l'information (SCDAI) en 1999[101].

Sur une échelle de 100 p. 100, selon la source de la demande (Entreprises, Médias, Organisation, Autres)

	Entreprises	Médias	Org.	Autres	TOUS
Gestion de personnel	1 %	3 %	4 %	11 %	5 %
Approvisionnement	32 %	6 %	21 %	4 %	17 %
Contrôle budgétaire et financier	7 %	12 %	15 %	12 %	11 %
Octrois et contributions	2 %	8 %	17 %	5 %	6 %
Inspection, réglementation et permis	37 %	13 %	6 %	14 %	21 %
Police, poursuites et corrections	4 %	13 %	3 %	13 %	8 %
Recherche et développement politiques	5 %	24 %	21 %	8 %	11 %
Autres	12%	21 %	14 %	32 %	20 %
TOUS	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %

Sur une échelle de 100 p. 100, selon le sujet de la demande (N=663)

	Entreprises	Médias	Org.	Autres	TOUS
Gestion de personnel	6 %	9 %	12 %	73 %	100 %
Approvisionnement	67 %	5 %	20 %	8 %	100 %
Contrôle budgétaire et financier	23 %	18 %	23 %	37 %	100 %
Octrois et contributions	12 %	19 %	43 %	26 %	100 %
Inspection, réglementation et permis	64 %	10 %	5 %	21 %	100 %
Police, poursuites et corrections	17 %	26 %	6 %	52 %	100 %
Recherche et développement politiques	14 %	33 %	30 %	22 %	100 %
Autres	22 %	16 %	11 %	51 %	100 %
TOTAL	36 %	16 %	16 %	32 %	100 %

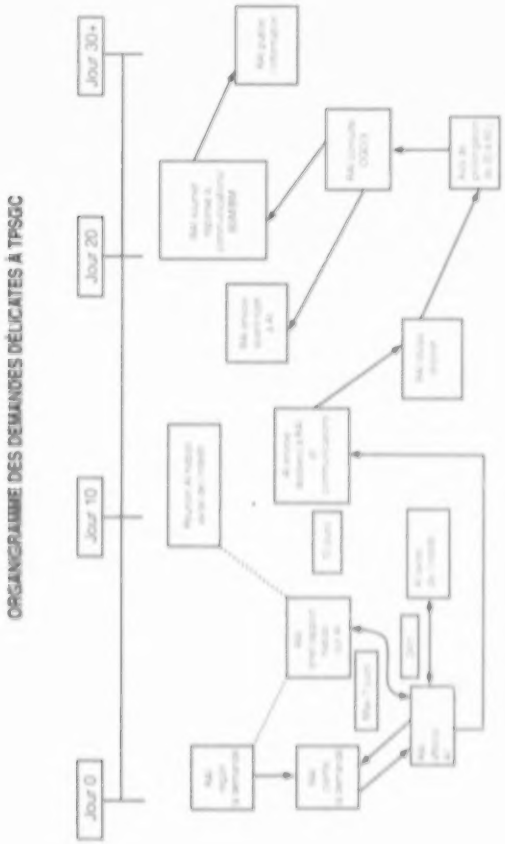
Tableau 2 : répartition des demandeurs dans neuf institutions

Quelques ministères ont un système de pistage des demandes d'information qui fait une catégorisation plus détaillée que celle employée dans les rapports sur l'utilisation du régime d'accès publiés en vertu de l'article 72 de la *LAI*. Le tableau suivant est basé sur des données tirées des systèmes de pistage de quelques grandes institutions fédérales. Les données de DRHC sont basées sur toutes les demandes remplies par l'institution de 1999 à 2001. Pour toutes les autres institutions, le tableau est basé sur toutes les demandes remplies de 2000 à 2002. La catégorie partisans inclut les demandes codées sous « Parlement » ou « Parti politique » par chaque institution. Six institutions n'utilisaient que la catégorie « Parti politique » durant cette période; une (BCP) n'utilisait que la catégorie « Parlement »; une autre (MDN) utilisait les deux. SGC n'utilisait ni l'une ni l'autre.

Source	DRHC	CCR	CIC	MDN	FAI	JUS	BCP	SGC	TC
Chercheurs		0,1 %	0,0 %	0,6 %	2,3 %	1,3 %	3,1 %	3,8 %	0,5 %
Entreprises	6,6 %	35,0 %	12,4 %	15,9 %	5,0 %	14,2 %	14,2 %	0,0 %	21,2 %
Avocats	3,3 %		40,2 %	1,0 %	3,1 %	7,8 %	1,8 %	1,3 %	14,0 %
Médias	11,3 %	7,5 %	1,1 %	33,5 %	36,5 %	19,8 %	32,2 %	58,2 %	25,6 %
Organisations	8,2 %	14,0 %	0,7 %	0,7 %	4,8 %	2,1 %	3,9 %	18,0 %	8,0 %
Autres	30,1 %	40,8 %	44,9 %	44,2 %	35,6 %	19,3 %	20,7 %	18,8 %	17,4 %
Partisans	40,5 %	2,6 %	0,7 %	3,6 %	12,7 %	35,5 %	24,1 %		13,3 %

Graphique 2 : organigramme des demandes délicates à TPSGC

Trois graphiques décrivant l'évolution des demandes d'information à l'intérieur de TPSGC ont été déposés en preuve devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires. Un décrivait le cheminement des demandes de routine, un second décrivait le cheminement des demandes « intéressantes » qui ne commandent pas de préparation pour les questions à prévoir des médias. Ce graphique, le troisième, décrivait le cheminement des demandes « intéressantes » qui exigent la préparation de réponses aux questions des médias.



Graphique 3 : Charge de travail et budget du BCI

Le graphique suivant fait voir les données suivantes, toutes normalisées de façon que les chiffres de l'EF1994 égalent 100 : a) total des demandes d'accès reçues par les institutions fédérales; b) plaintes reçues par le bureau du commissaire à l'information; c) personnel du BCI (EPT), excluant le personnel des services aux entreprises; et d) budget du BCI, dégonflé selon l'indice des prix à la consommation, excluant le budget des services aux entreprises. Les chiffres sont tirés des rapports annuels des institutions publiés en vertu de l'article 72 de la *LAI* et des rapports annuels du BCI. Les données de l'IPC proviennent de Statistique Canada.

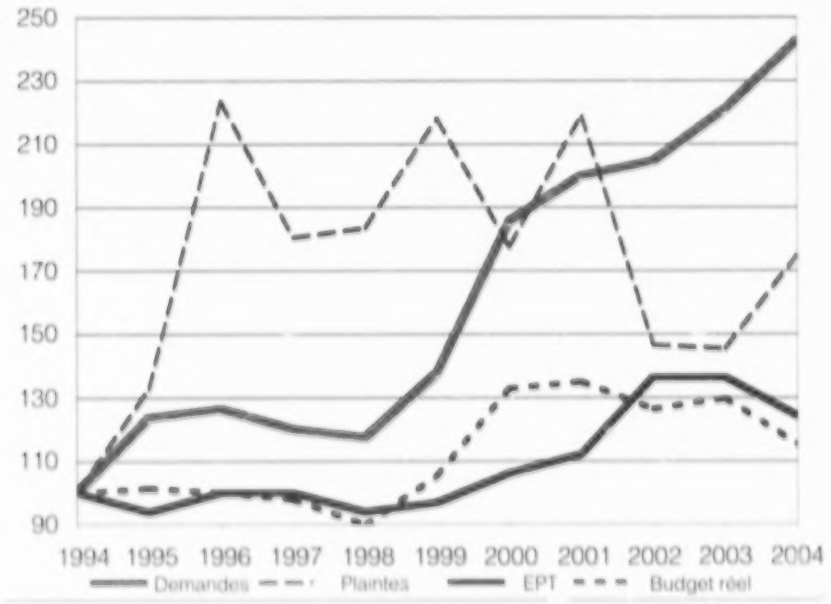


Tableau 3 : couverture des sociétés d'État et des autres entreprises du gouvernement fédéral[104]

SOUMISES À LA *LAI*	NON SOUMISES À LA *LAI*
Société d'État mère	
Administration canadienne de la sûreté du transport aérien Administration de pilotage de l'Atlantique Administration de pilotage des Grands Lacs Administration de pilotage des Laurentides Canada Administration de pilotage du Pacifique Canada Administration du pont Blue Water Banque du Canada Banque de développement du Canada Centre de recherches pour le développement international Conseil canadien des normes Conseil des arts du Canada Commission canadienne du lait Commission canadienne du tourisme Commission de la capitale nationale Construction de défense Canada Corporation commerciale canadienne Financement agricole Canada La Société des ponts fédéraux Limitée Monnaie royale canadienne Musée canadien des civilisations Musée canadien de la nature Musée des beaux-arts du Canada Musée des sciences et de la technologie du Canada Office de commercialisation du poisson d'eau douce Société canadienne d'hypothèques et de logement Société d'assurance-dépôt du Canada Société immobilière du Canada Téléfilm Canada	Centre national des arts Corporation de développement des investissements du Canada Énergie atomique du Canada limitée Exportation et développement Canada Fondation canadienne des relations raciales L'Office d'investissement du RPC Marine Atlantique Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public Postes Canada Queens Quay West Land Corporation Ridley Terminals Inc. Société de développement du Cap-Breton Société d'expansion du Cap-Breton Société Radio-Canada VIA Rail Canada Inc.
Entreprises conjointes ou mixtes	
	Lower Churchill Development Corporation North Portage Development

	Corporation et Forks Renewal Corporation
Autres entreprises	
Administration portuaire de Belledune	Administration du pont du port de Saint John
Administration portuaire du fleuve Fraser	Buffalo and Fort Erie Public Bridge Authority
Administration portuaire de Halifax	Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies
Administration portuaire de Hamilton	Commission canadienne du blé
Administration portuaire de Montréal	Commission du parc international Roosevelt de Campobello
Administration portuaire de Nanaimo	Corporation du Pont international de la Voie maritime Limitée
Administration portuaire du Fraser Nord	Corporation Fonds d'investissement du Cap-Breton
Administration portuaire de Port Alberni	Fondation Asie-Pacifique du Canada
Administration portuaire de Prince Rupert	Fondation canadienne pour l'innovation
Administration portuaire de Québec	Fondation canadienne des bourses d'études du millénaire
Administration portuaire du Saguenay	Fondation du Canada pour l'appui technologique au développement durable
Administration portuaire de Saint John	Institut international du Canada pour le grain
Administration portuaire de Sept-Îles	Institut Vanier de la famille
Administration portuaire de St. John's	Nav Canada
Administration portuaire de Thunder Bay	Parc Downsview Park Inc.
Administration portuaire de Toronto	Société canadienne d'enregistrement des animaux
Administration portuaire de Trois-Rivières	Vieux-Port de Montréal
Administration portuaire de Vancouver	
Administration portuaire de Windsor	
Centre international des droits de la personne et du développement démocratique	
Les Ponts Jacques-Cartier et Champlain Incorporée	

Notes en fin de texte

[i] S.R.C. 1985, c. A-1.

[ii] Formellement, la Loi donne droit d'accès aux *documents* sur support papier ou numérique. Voir articles 3 et paragraphe 4(3) de la Loi.

[iii] John Roberts, « Green Paper on Legislation on Public Access to Government Documents », dans *The Complete Annotated Guide to Federal Access to Information*, (sous la dir. de). Michel Drapeau et Marc-Aurèle Racicot (Toronto: Carswell, 2001), 32-33.

[iv] David Banisar, *Freedom of Information and Access to Government Records around the World* (Washington, DC : freedominfo.org, May, 2004 [Consulté le 31 mai 2004]), disponible à http://www.freedominfo.org/survey.htm.

[v] Ces observations sont basées sur l'expérience d'avoir déposé des demandes sous les trois lois.

[vi] Cité dans Michel Drapeau et Marc-Aurèle Racicot, *The Complete Annotated Guide to Federal Access to Information* (Toronto: Carswell, 2001), 161,162 et 179.

[vii] Commission de l'information et de la protection de la vie privée de l'Ontario, *Rapport annuel 2004* (Toronto : Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, 2005), 5.

[viii] Alasdair Roberts, « Administrative Discretion and the Access to Information Act: An "Internal Law" on Open Government? » *Administration publique du Canada* 45, n° 2 (2002) : p. 175 à 194.

[ix] Témoignage d'Isabelle Roy : Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 14 octovre 2004* (Ottawa, Canada : Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 2004), 3672. Témoignage d'Anita Lloyd : Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 23 novembre 2004*, 6547.

[x] Témoignage d'Anita Lloyd : Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 23 novembre 2004*, 6544.

[xi] Ibid.

[xii] Ibid., 6559.

[xiii] Ibid., 6549-6551.

[xiv] Ibid., 6550.

[xv] Alasdair Roberts, « Spin Control and Freedom of Information », *Public Administration* 83, n° 1 (2005): 1-23, 6-9, Ann Rees, « Red File Alert: Public Access at Risk », *Toronto Star*, 1er novembre 2003, A32.

[xvi] Roberts, « Spin Control and Freedom of Information », 10.

[xvii] Une analyse des données d'utilisation des clés de recherche du SCDAI extraites de son protocole d'accès apparaît dans *Ibid.*, Table 1. En février 2004, le Secrétariat du Conseil du Trésor a fait son propre sondage sur l'utilisation du SCDAI dans les ministères; les résultats du sondage publiés par le SCT ont indiqué que peu de ministères utilisaient fréquemment les clés de recherche de la base de données. Le BCP n'a pas répondu au sondage. Alasdair Roberts, *Research Note: Results of TBS Survey on CAIRS* (Syracuse, NY: The Maxwell School of Syracuse University, 2004).

[xviii] Jonathan Murphy, « Your Candle's Flickering, Jean », *Globe and Mail*, 17 mai 2002, A15.

[xix] Rees, « Red File Alert: Public Access at Risk ».

[9] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1999-2000* (Ottawa : Bureau du commissaire à l'information, 2000), 15-18.

[10] Roberts, « Spin Control and Freedom of Information », 8-9.

[11] Roberts, « Administrative Discretion and the *Access to Information Act*: An "Internal Law" on Open Government? » Le commissaire à l'information a suggéré en 2000 qu'une cause de tels retards lors du scandale de DRHC, c'est que « le gouvernement n'a pas pu s'empêcher de laisser son besoin coutumier de » limiter les dégâts « l'emporter sur les droits juridiques des demandeurs à recevoir une reponse dans les délais. Les ministres voulaient en effet » devancer « toute demande de communication — c'est-à-dire décharger leur conscience de toute mauvaise nouvelle avant que celle-ci ne s'ébruite et, à ce moment, avoir déjà en mains un plan d'action ». Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1999-2000*, 15-18.

[12] Roberts, « Spin Control and Freedom of Information », Tableaux 3 et 4.

[13] Colin McNairn et C.D. Woodbury, *Government Information: Access and Privacy*, Release 1, 2000 ed. (Toronto : Carswell, 2004), Section 2(1)(*a*).

[14] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens* (Ottawa : Secrétariat du Conseil du Trésor, 2002), 124.

[15] Secrétariat du Conseil du Trésor, *Bilan des frais d'administration de la loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée (LAI)* (Ottawa : Secrétariat du Conseil du Trésor, 2000).

[16] Témoignage d'Isabelle Roy : Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 14 octobre 2004*, 3660-3661.

[17] Commissaire à l'information du Canada, 2000 #720@ 49 et 68¦

[18] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Faits saillants de la réunion du comité consultatif des sous-ministres adjoints* (Ottawa, Ontario : Secrétariat du Conseil du Trésor, 2001).

[19] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2000-2001* (Ottawa : Bureau du commissaire à l'information, 2001), 64.

[20] Deborah Lovett, *Inquiries before the Information and Privacy Commissioner: Evidentiary Considerations* (Vancouver, Canada : Continuing Legal Education Society of British Columbia, March 19, 2001 [Consulté le 28 juin 2005]), disponible à http://www.cle.bc.ca/CLE/Analysis/Collection/01-5127701-freedominfo?practiceAreaMessage=true&practiceArea=Administrative%20Law.

[21] Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 23 novembre 2004*, 6576-6598.

[22] Secrétariat du Conseil du Trésor, *Bilan de la coordination de l'accès à l'information et la protection de la vie privée dans les institutions gouvernementales* (Ottawa : Secrétariat du Conseil du Trésor, 1986).

[23] Bruce Mann, « The Federal Information Coordinator as Meat in the Sandwich », *Canadian Public Administration* 29, n° 4 (1986): 579-582.

[24] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 126.

[25] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Consultation : coordonnateurs de l'accès à l'information* (Ottawa : Groupe d'étude de l'accès à l'information, 2000).

[26] Comité permanent des comptes publics, *Témoignages* (Ottawa, Canada : Chambre des communes, 2004). *Souligné* ajouté.

[27] Commission Gomery, *Transcription de l'audience publique du 14 octobre 2004*, 3667.

[28] John Reid, *Remarques au Comité de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique* (Ottawa : Bureau du commissaire à l'information, 2005).

[40] Dans des cas isolés, il semble bien que la *LAI* ait découragé la tenue de dossiers. D'autre part, une étude menée peu de temps après l'adoption de la FOIA en Australie, basée sur des interviews avec les fonctionnaires, a révélé qu'il n'y avait pas eu d'effet sensible sur la franchise des fonctionnaires : Robert Hazell, « Freedom of Information in Australia, Canada and New Zealand », *Public Administration* 67, n° 2 (1989): 189, 204. Une étude menée en 2001 par les Archives nationales du Canada est arrivée à la même conclusion. Les archivistes s'attendaient que l'étude démontre que la *LAI* avait eu « une influence négative sensible sur la tenue de dossiers » dans la bureaucratie fédérale. Les chercheurs ont cependant été surpris de constater qu'il n'y avait pas « d'indications . . . que la *Loi sur l'accès à l'information* [avait] modifié les habitudes de tenue de dossiers au gouvernement du Canada ». Archives nationales du Canada, *La Loi sur l'accès à l'information et la tenue de dossiers au gouvernement fédéral* (Ottawa, Canada : Archives nationales du Canada, 2001).

[41] La plainte du commissaire à l'information du Canada à propos d'une « culture orale » s'est reflétée dans ce qu'on a appelé une « culture du sofa » dans le gouvernement Blair, documentée par la Butler Review of Intelligence on Weapons of Mass Destruction en 2004 : une culture dans laquelle « les procédures formelles comme les réunions ont été abandonnées [et] on n'a tenu aucun procès-verbal des décisions importantes ». Cette « culture du sofa » avait apparemment pris racine bien avant la mise en œuvre de la FOIA au Royaume-Uni. Voir : Peter Oborne, « The Sofa Revolution », *The Tablet*, 17 juillet 2004, en ligne: http://www.thetablet.co.uk/cgi-bin/book_review.cgi/past-00192.

[42] Par exemple, des technologies comme le courriel enregistrent des interactions qui n'auraient jamais été récupérables auparavant : des conversations qui autrefois auraient eu lieu en personne ou par téléphone sont désormais « enregistrées ». D'autre part, des journalistes se sont plaints que les fonctionnaires coiffent couramment les courriels délicats d'un « L&S » — c'est-à-dire « lisez et supprimez » : Judith Lavoie, « Civil Servants Fearful of FOI Don't Keep Written Record », *Vancouver Sun*, 26 septembre 2003, B3, Greg Weston, « Read and Delete: Read It and Weep », *Toronto Sun*, 8 juin 2003, C4.

[43] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2000-2001*, 66.

[44] Comme l'a fait observer récemment une évaluation interne de la proposition du commissaire : « Il est assez simple d'exiger que les contrats gouvernementaux de biens et de services soient documentés. Il est plus problématique de prescrire ce qu'il faut noter d'une conversation informelle entre fonctionnaires comme un engagement à consulter un spécialiste dans le cadre d'une responsabilité de gestion » : Secrétariat du Conseil du Trésor, *Le devoir de documenter : Évaluation de la proposition du Commissaire à l'information* 1, Publié en vertu de la *LAI* A-2004-00137/rr (Ottawa : Secrétariat du Conseil du Trésor, 2004).

[45] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1996-1997* (Ottawa : Bureau du commissaire à l'information, 1997).

[46] Commission d'enquête sur la Somalie, *Rapport* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997).

[47] Article 67.1.

[48] Andrew Osler, « Journalism and the FOI Laws: A Faded Promise », *Government Information in Canada* 17 (1999): http://www.usask.ca/library/gic/17/osler.html.

[49] Roberts, « Green Paper on Legislation on Public Access to Government Documents », 7.

[50] Le commentaire est fait dans un courriel publié en réponse à la demande d'accès de CIC 2002-05225, page 539.

[51] Statistiques fournies par les institutions dans des rapports prescrits par l'article 72 de la *LAI* et consolidées par le Secrétariat du Conseil du Trésor. Le nombre de demandes des médias a augmenté entre ces deux périodes à un taux plus rapide que les demandes d'autres sources.

[52] Je développe cet argument plus en détail dans : Alasdair Roberts, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age* (New York: Cambridge University Press, 2005), Chapitres 3 et 4.

[42] Donald Savoie, *Breaking the Bargain* (Toronto : University of Toronto Press, 2003), 164.

[43] OCDE, *Symposium ministériel sur l'avenir des services publics* (Paris : OCDE, 1996), Séance 2.

[44] Rowan Williams, *The Media: Public Interest and Common Good* (Londres : Lambeth Palace, 15 juin 2005 [Consulté le 17 juin 2005]), disponible à http://www.archbishopofcanterbury.org/sermons_speeches/050615.htm.

[45] Comité permanent des comptes publics, *Témoignage*.

[46] *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 F.C. 427.

[47] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Faits saillants de la réunion du comité consultatif des sous-ministres adjoints*.

[48] *Loi sur la liberté d'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario, article 10(1)(b). L'institution doit donner des raisons pour passer outre à une demande pour ces motifs (article 27.1[1]). Les critères déterminant si une demande est « frivole ou vexatoire » sont énumérés l'article 5.1 du Règlement 460. Une telle demande doit faire partie d'un « comportement qui équivaut à un abus du droit d'accès ou qui affecterait le fonctionnement de l'institution » ou être « faite de mauvaise foi ou dans un but autre qu'avoir accès ». On peut en appeler du refus d'une demande au Commissaire à l'information.

[49] Secrétariat du Conseil du Trésor, *Bilan des frais d'administration de la loi sur l'accès à l'information et la protection de vie privée (LAI)*.

[50] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Faits saillants de la réunion du comité consultatif des sous-ministres adjoints du 4 mai 2001* (Ottawa : Groupe d'étude de l'accès à l'information, 2001). Voir aussi l'argument pour la réforme de la taxe d'accès dans l'étude de coûts du SCT : Secrétariat du Conseil du Trésor, *Bilan des frais d'administration de la loi sur l'accès à l'information et la protection de vie privée (LAI)*.

[51] Michael Kirby, *Lecture to the British Section of the International Commission of Jurists: Freedom of Information, the Seven Deadly Sins* (Canberra : Haute Cour d'Australie, 1997). *Souligné* dans l'original.

[52] Kevin Murphy, *Address on the Launch of the Freedom of Information Act, 1997* (Dublin : Bureau de l'ombudsman, 1998).

[53] Royaume-Uni, *Your Right to Know : The Government's Proposals for a Freedom of Information Act*, Cm 3818 (Londres: Stationery Office, 1997), Préface, Lord Falconer, *Address to the Society of Editors' Annual Conference* (Londres : Ministère des Affaires constitutionnelles, 2004).

[54] John Podesta, « Need to Know : Governing in Secret », dans *The War on Our Freedoms*, (sous la dir. de) Richard C. Leone et Jr. Anrig, Greg (New York: Public Affairs, 2003).

[55] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2004-2005* (Ottawa : Bureau du commissaire à l'information, 2005), 4.

[56] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 157-158.

[57] *Ibid.*, 157-165.

[58] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2000-2001*, 64.

[59] Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*. Ottawa : Imprimerie de la Reine, 1987).

[60] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2000-2001*, 64.

[61] *Loi sur la liberté d'information et la protection de la vie privée*, SCB 1992, article 6(1).

[62] *Loi sur la liberté d'information et la protection de la vie privée*, SA 1994, c. F-18.5, article 9(1).

[63] *Loi sur la liberté d'information*, 2000, article 16(1).

[39] Voir aussi : Alasdair Roberts, « New Strategies for Enforcement of the *Access to Information Act* », *Queen's Law Journal* 27 (2002): 647-683, Tableau 4.

[40] Pour des témoignages sur les retombées de cet effort, voir : Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 104-110.

[41] Reid, *Remarques au Comité de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique*.

[42] Voir la *Loi sur le Parlement du Canada*, article 72.04.

[43] Comité de l'accès à l'information, *Un nouveau processus de financement des agents du Parlement* (Ottawa, Canada : Chambre des communes, 2005).

[44] *Loi sur l'accès à l'information*, article 54(1).

[45] David Pugliese, « Grace Opens Fire: Departing Information Czar Says Government's Choice for Replacement Shows "Contempt for the Public" », *Ottawa Citizen*, 7 mai 1998, A1.

[46] Dans un récent document de travail, le ministère de la Justice suggère que les institutions soient autorisées à recouvrer les frais totaux du traitement des demandes au-delà de 10 000 $. Justice Canada, *Un Cadre compréhensif pour la réforme de l'accès à l'information* (Ottawa : Justice Canada, 2005), 26. Une modification de cette proposition pourrait exiger que le demandeur démontre l'importance d'une demande dont les frais dépassent un certain montant. La Loi de l'Afrique du Sud, par exemple, qualifie le droit à l'information dans certaines circonstances en disant que le droit existe si l'information « est nécessaire pour l'exercice ou la protection de droits » : Loi sur la promotion de l'accès à l'information, 2000, article 9(a)(ii).

[47] Secrétariat du Conseil du Trésor, *Répondre aux attentes des Canadiens : Examen d'un cadre de gouvernance pour les sociétés d'État du Canada* (Ottawa : Secrétariat du Conseil du Trésor, 2005).

[48] Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*, 2-6.

[49] Examen du mandat de la Société canadienne des postes, *L'avenir de la Société canadienne des postes* (Ottawa : Examen du mandat de la Société canadienne des postes, 1996), article 7.18.

[50] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 24-25.

[51] Ce sont : la Corporation de développement des investissements du Canada, la Fondation canadienne des relations raciales, la Société de développement du Cap-Breton, la Société d'expansion du Cap-Breton, la Corporation Fonds d'investissement du Cap-Breton, Marine Atlantique Inc., le Vieux-Port de Montréal, Parc Downsview Park Inc., Queens Quay West Land Corporation, et Ridley Terminal Inc. : Secrétariat du Conseil du Trésor, *Répondre aux attentes des Canadiens : Examen d'un cadre de gouvernance pour les sociétés d'État du Canada*, 37.

[52] Ce sont : Via Rail Canada Inc., le Centre national des arts, la Société Radio-Canada, Exportation et développement Canada, la Société canadienne des postes, Énergie atomique du Canada Limitée et l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public : Ibid.

[53] Justice Canada, *Un Cadre compréhensif pour la réforme de l'accès à l'information*, 7.

[54] *Ibid.*, 6.

[55] Autorisées par la *Loi relative aux cessions d'aéroports*, 1992.

[56] Établie par la *Loi sur les déchets de combustible nucléaire*, 2002.

[57] La Société canadienne du sang a été créée à la suite d'une entente entre les gouvernements du Canada et des provinces en 1998 pour succéder au Programme du sang de la Croix-Rouge canadienne et à l'Agence canadienne du sang, l'ancien instrument financier et politique du système de réserve de sang du Canada. L'Agence canadienne du sang était une société fédérale à but non lucratif établie en 1991 pour assumer les fonctions du Comité canadien du sang : Commission Krever, *Rapport final* (Ottawa: Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, 1997), 1004. Le gouvernement fédéral entendait

d'abord adopter une Loi sur les services canadiens d'approvisionnement en sang, qui pouvait « inclure le mandat et la structure de gouvernance de la nouvelle autorité nationale du sang, les Services canadiens du sang »: Santé Canada, *Prévisions budgétaires 1998-1999* (Ottawa, Canada : Santé Canada, 1998), 11.Le Comité canadien du sang avait été au centre d'une controverse sur la destruction de documents réclamés en vertu de la *LAI*. Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1996-1997*, 66.

[99] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 22-23.

[100] *Ibid.*, 22.

[101] Alasdair Roberts, « Structural Pluralism and the Right to Information », *University of Toronto Law Journal* 51, no 3 (2001) : 243-271, Jerry Bartram, *The Scope of the Access to Information Act: Developing Consistent Criteria for Decisions Respecting Institutions* (Ottawa, Canada : Groupe d'étude de l'accès à l'information, 2001).

[102] *Loi sur la liberté d'information*, 2000, article 5.

[103] Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : Comment mieux servir les Canadiens*, 24.

[104] Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2000-2001*, 57.

[105] Justice Canada, *Un Cadre compréhensif pour la réforme de l'accès à l'information*, 8.

[106] Voir la Partie II des Prévisions budgétaires 2004-2005, pages 1 à 28.

[107] Au cours de l'exercice fiscal 2004, le gouvernement fédéral a reçu 2 835 demandes des médias. Je présume, sur la foi des statistiques que j'ai notées plus tôt, que le gouvernement fédéral reçoit entre 1 000 et 2 000 demandes « partisanes » par année.

[108] L'analyse est compromise par des problèmes de sous-reportage à l'intérieur du SCDAI. Pour l'analyse complète, voir : Alasdair Roberts, Jonathan DeWolfe et Christopher Stack, *An Evidence-Based Approach to Access Reform*, Document de travail 22 d'études politiques (Kingston: School of Policy Studies, 2001).

[109] Données tirées du tableau 5 du Rapport du gouvernement sur le rattachement des populations: http://www.hrma-agrh.gc.ca/hr-rh/hrtr-or/hr_tools/Intro_e.asp.

LA *LOI SUR L'ENREGISTREMENT DES LOBBYISTES* : APPLICATION ET EFFICACITÉ

A. Paul Pross

La *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes (LEL)* a été proposée par le gouvernement Mulroney en septembre 1985. Elle a été déposée devant le Parlement en juin 1987, a reçu la sanction royale en septembre 1988 et est entrée en vigueur le 30 septembre 1989[1]. Elle a été modifiée en 1995, 1996, 2003 et 2004[2].

Bien que la première version promulguée de la Loi ait été le résultat d'un projet de loi émanant du gouvernement, le désir d'imposer certains règlements au secteur florissant du lobbyisme était un projet de longue date d'un groupe de députés[3]. Ces derniers ont participé activement à l'élaboration de la première version de la Loi, et leurs successeurs ont suivi leur exemple au fur et à mesure des trois révisions de la Loi. Peut-

être en partie à cause de l'intérêt soutenu des simples députés pour cette question, le régime réglementaire établi par la Loi a subi une série progressive de changements qui tenaient compte de l'expérience acquise au niveau de l'application de ses dispositions et de la nécessité de soutenir les objectifs qu'elle énonçait en les assortissant de mesures législatives véritablement musclées. Certaines améliorations s'imposent encore mais, comme l'exposé qui suit tentera de le démontrer, l'efficacité de la Loi dépend en fin de compte des améliorations apportées à son régime administratif.

Dans la présente étude, nous présentons d'abord l'historique de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* puis nous examinons ses forces et ses faiblesses, et enfin, les améliorations législatives et administratives qui y ont été apportées.

1 Historique législatif de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*

Au moment de déposer la version originale du projet de loi C-82, *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, Harvie André, ministre de la Consommation et des Affaires commerciales, a déclaré que cette mesure législative répondait aux besoins du public de savoir qui parle au gouvernement, tout en évitant les embûches qui guettent ceux qui cherchent à réglementer les lobbyistes[4]. Par conséquent, le préambule de la Loi adoptée par la suite affirmait l'importance de « la liberté d'accès aux institutions de l'État » et la légitimité du lobbyisme auprès des titulaires d'une charge publique, mais déclarait en même temps que les titulaires d'une charge publique et le public devraient avoir la possibilité de savoir qui fait du lobbyisme. En reprenant des termes comme « la transparence » qui avait été en quelque sorte le *leitmotiv* du débat de deux ans qui avait précédé le dépôt du projet de loi, le gouvernement a proposé que « l'enregistrement, mais non la réglementation » soit la caractéristique clé de cette mesure législative, espérant, en optant pour la simplicité, d'en arriver à un régime qui ne

décourageait pas le grand public de faire des requêtes au gouvernement, et ne créait pas non plus une procédure susceptible de rester bloquée en raison de sa soif d'information insatiable[5].

Parmi les principales caractéristiques de la Loi de 1989, notons la définition d'un lobbyiste, l'exigence de s'enregistrer, la création d'un registre, et la distinction établie entre les lobbyistes-conseils et ceux qui travaillaient pour les grandes sociétés et les organismes à but non lucratif.

Un lobbyiste était défini comme quelqu'un qui, moyennant rétribution, représente une tierce partie afin d'organiser des réunions avec des titulaires d'une charge publique[6] ou de communiquer avec eux concernant la formulation et la modification de lois et de règlements; l'élaboration de politiques; l'attribution de subventions ou de contributions et l'adjudication de contrats (article 5). Voilà qui constituait un grand progrès vers la simplification, puisqu'à la fois les bénévoles et les hommes d'affaires qui défendaient leurs propres intérêts n'étaient plus obligés de s'enregistrer. Cette simplification s'est étendue encore par suite de la décision de répartir les lobbyistes en deux catégories et de limiter les renseignements exigés de certains lobbyistes. Les lobbyistes de la première catégorie étaient qualifiés de « lobbyistes professionnels » qui représentaient divers clients auprès du gouvernement (article 5.1). Les lobbyistes de la deuxième catégorie, toutefois, étaient des employés de groupes de pression ou d'entreprises dont les fonctions, « pour une partie importante », consistaient à représenter les intérêts de leur employeur auprès du gouvernement (article 6). Ainsi dans les 10 jours suivant l'engagement de représenter les intérêts de quiconque relativement à une série d'activités largement définies, les lobbyistes de la première catégorie seraient tenus de communiquer au sous-directeur leur nom, le nom de leur client et le ou les sujets sur lesquels devaient porter leurs réunions ou leurs communications avec des fonctionnaires (article 5.2). Les lobbyistes de la deuxième catégorie auraient à fournir, chaque année, encore moins de renseignements :

seulement leur nom, le nom et l'adresse de l'entreprise ou de l'organisme pour lequel ils travaillent (article 6). Ils ne seraient pas tenus de signaler le sujet de leurs communications avec les fonctionnaires. Ni l'un ni l'autre ne devait soumettre des informations financières.

Certaines personnes et activités et certains types de renseignements étaient explicitement exclus. Les agents d'autres gouvernements, à la fois canadiens et étrangers, n'étaient pas tenus de s'enregistrer s'ils communiquaient avec des titulaires d'une charge publique dans l'exercice de leurs fonctions officielles (article 4.1). La présentation d'observations dont l'existence pouvait être connue du public ne devait pas être signalée; il n'était pas non plus nécessaire de signaler au Bureau du directeur la présentation d'observations dont l'existence pouvait être connue du public ou qui était communiquées à des titulaires d'une charge publique au sujet de l'interprétation ou de l'application de lois ou règlements visant des particuliers ou des organismes précis (article 4.2). La divulgation de renseignements qui auraient pu nuire à la sécurité de certaines personnes était également exclue (article 4.3).

Ce projet de loi était donc beaucoup moins musclé que ce à quoi s'attendaient bien des gens[7]. Les services de recherche de correspondance[8] — assurés par certains des cabinets les plus influents — n'étaient pas visés, et les procédures d'enregistrement ne s'étendaient pas aux cabinets qui s'adonnent indirectement à des activités de lobbyisme. De plus, les lobbyistes tenus de s'enregistrer devaient fournir beaucoup moins de renseignements que ce qu'avaient proposé les partisans parlementaires de l'enregistrement. Les représentants d'entreprises et de groupes de pression officiels n'étaient même pas tenus de divulguer leurs activités de lobbyisme; les groupes de pression n'avaient pas non plus à déposer même un minimum d'information concernant leurs objectifs et leurs partisans. Même si les lobbyistes de la première catégorie devaient désormais divulguer les engagements pris vis-à-vis de divers clients, il leur serait facile

d'éviter de préciser le sujet des réunions auxquelles ils participaient. Les sanctions prévues pour la non-conformité avec la Loi n'étaient certainement pas très convaincantes : une amende ne dépassant pas 25 000 $, ou encore, pour une personne déclarée coupable du dépôt de renseignements faux ou trompeurs, une amende maximum de 100 000 $ ou une peine d'emprisonnement d'un maximum de deux ans (article 13). Les dispositions administratives que proposait la Loi étaient aussi déficientes. Les pouvoirs du directeur étaient insuffisants. Ce dernier ne serait habilité ni à vérifier l'exactitude des renseignements fournis par les lobbyistes, ni à faire enquête à cette fin. De plus, en tant qu'employé d'un organisme gouvernemental, le directeur serait susceptible d'être influencé par le gouvernement.

Le 9 septembre 1985, lorsque le Premier ministre Mulroney a annoncé son intention de déposer un projet de loi visant à surveiller les activités de lobbyisme et à contrôler les démarches des lobbyistes en créant une source d'information fiable et exacte sur les activités des lobbyistes, il a promis de faire en sorte que les personnes pressenties par les lobbyistes au nom de sociétés, d'associations et de syndicats canadiens, ou par des agents au nom de gouvernements et d'autres intérêts étrangers, soient tout à fait conscientes de la source des observations ou doléances dont on leur ferait part. Par contre, les détracteurs de la Loi de 1989 étaient d'avis que le gouvernement avait proposé un projet de loi qui n'imposait guère d'obligations aux lobbyistes, à part celle de communiquer au Bureau du directeur leur nom et leur adresse. Ces derniers appelaient la *LEL* le « projet de loi des cartes d'affaires ».

Par contre, la Loi renfermait un article qu'on avait à peine remarqué mais qui a en réalité beaucoup influencé l'évolution du règlement visant les lobbyistes. L'article 14 prévoyait que, trois ans après l'entrée en vigueur de la Loi, un comité parlementaire serait chargé d'examiner son administration et son application et de recommander éventuellement des changements. Cette disposition relativement inhabituelle a garanti

le réexamen périodique de la Loi, de telle sorte que bon nombre — mais non toutes — de ces faiblesses initiales ont pu être corrigées. Le premier de ces examens a été ordonné par la Chambre des communes en novembre 1992 et a été effectué par le Comité permanent de la consommation et des corporations et de l'administration gouvernementale, présidé par Felix Holtmann, le député de Portage-Interlake. Ce comité a tenu des audiences au début de 1993 et a déposé un rapport en juin, qui recommandait plusieurs modifications, dont certaines modifications de fond. Même si, dans la confusion entourant les élections de 1993 et le changement de gouvernement qui en a résulté, ces recommandations ont pu être reléguées au second plan, elles ont fini par porter leurs fruits. Pendant la campagne électorale, tous les partis politiques se sont engagés à donner suite au rapport, et le 15 juin 1994, le Comité permanent de l'industrie de la Chambre des communes a nommé un sous-comité, présidé par Paul Zed, dont le mandat consistait à étudier d'éventuelles modifications à apporter à la *LEL* et à faire rapport à ce sujet, si le nouveau gouvernement jugeait bon d'en proposer à la Chambre. Un projet de loi modifiant la Loi (le projet de loi C-43), a été déposé par la suite et le Comité a tenu des audiences à l'automne de 1994 dans le cadre de son étude de ce dernier[9]. Étant donné qu'à la fois le projet de loi C-43 et le Comité Zed ont développé le travail accompli au départ par le Comité Holtmann, notons que les observations qui suivent résument les conclusions des deux comités.

Effectivement les deux comités étaient d'avis que l'incidence de la *LEL* avait été positive. Selon le Comité Holtmann, cette dernière avait :

> [Traduction]
>
> . . . rehaussé la transparence des activités des lobbyistes. Le public est à présent en mesure de savoir qui, moyennant rétribution, cherche à influencer certaines décisions du gouvernement. Les activités qui sont le propre des lobbyistes ont été légitimisées et,

> dans une très grande mesure, institutionnalisées de sorte qu'elles font maintenant partie intégrante de notre régime politique[10].

Si la Loi était, de l'avis du Comité Zed, un pas dans la bonne direction, il reste qu'on y a repéré un certain nombre de faiblesses. Le Comité Holtmann reconnaissait que ni tous les lobbyistes, ni toutes les activités de lobbyisme n'étaient visés par la Loi[11] tandis que le rapport du Comité Zed admettait, comme le lui avaient fait valoir certains témoins, que ses dispositions étaient insuffisantes[12].

Les critiques des deux rapports, et les recommandations qui ont suivi, portaient principalement sur la question de la divulgation, mais elles touchaient également des questions liées à l'étendue du régime d'enregistrement, les pouvoirs d'enquête du directeur, l'indépendance administrative de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes, et la nécessité d'encourager les lobbyistes à se conformer à certaines normes professionnelles.

S'agissant de la divulgation, le Comité Holtmann a indiqué que le système d'enregistrement à deux voies ne permettait pas d'obtenir suffisamment d'information sur les objectifs précis des lobbyistes salariés ou ceux travaillant pour le compte d'une organisation, et a donc recommandé son élimination. Il a proposé qu'on adopte à la place une procédure de divulgation uniforme pour l'ensemble des inscrits. De même, le Comité a critiqué le formulaire de déclaration utilisé par la Direction de l'enregistrement des lobbyistes (DEL) et a recommandé qu'on opte pour un formulaire qui exige la divulgation de plus d'information détaillée sur l'objet des activités de lobbyisme et les organismes devant être pressentis. Toutefois, le Comité Zed était plus sensible aux considérations qui avaient inspiré la création de deux catégories de lobbyistes, et estimait qu'il y avait encore de bonnes raisons de distinguer les lobbyistes salariés et ceux agissant pour le compte d'une organisation de leurs collègues consultants. Il était d'accord

pour dire que l'on devait demander les mêmes renseignements à tous les lobbyistes[13], mais proposait que les délais de dépôt des déclarations soient différents pour les lobbyistes salariés et ceux agissant pour le compte d'une organisation. Ainsi au lieu d'avoir déposé une déclaration dans les 10 jours suivant la prise d'un engagement relatif à un programme de représentation, les lobbyistes pour le compte d'une association et les lobbyistes salariés seraient tenus de déposer une déclaration deux fois par an. Les lobbyistes pour le compte d'une organisation seraient tenus de déposer une seule déclaration pour leur organisation, et non — contrairement aux lobbyistes-conseils et salariés — une déclaration distincte pour chaque employé dont une partie importante des fonctions était liée au lobbyisme[14].

L'un des thèmes qui ressort des observations de deux groupes sur la divulgation était la nécessité de s'en tenir à une procédure « simple ». Le Comité Holtmann a d'ailleurs insisté sur le mal qu'il s'était donné pour respecter les principes de la simplicité et de la facilité d'accès.

> [Traduction]
>
> L'un des objectifs importants de la Loi consiste à garantir que des obstacles inutiles ne sont pas érigés qui puissent empêcher ceux qui désirent faire valoir leurs arguments au gouvernement de le faire. Le Comité reconnaît que la Loi n'a ni créé de tels obstacles ni entravé le libre accès au gouvernement[15].

M. Zed et ses collègues étaient d'accord et ont fait état dans leur rapport d'un critère qui, à leur avis, devait servir à évaluer le bien-fondé de chacune des demandes de divulgation plus poussée, à savoir que :

> [Traduction]
>
> . . . les renseignements demandés aux lobbyistes sont-ils vraiment nécessaires pour convaincre la population canadienne que l'activité des lobbyistes est compatible avec l'intérêt public, et pour aider

> les parlementaires à servir de contrepoids à l'action des lobbyistes individuels, en représentant les intérêts du citoyen[16]?

Ainsi ils étaient d'accord avec le Comité Holtmann sur la nécessité d'élargir les obligations d'information pour que le nom des organismes membres de coalitions et les techniques employées en matière de lobbyisme, notamment pour les campagnes menées à la base et les campagnes visant la masse de la population, fassent partie des renseignements à fournir, mais la démarche privilégiée — l'un ou l'autre des deux comités n'était pas toujours la même. Par exemple, le Comité Holtmann était d'avis que seuls les membres d'une coalition dont la contribution au groupe de pression en question était importante devraient être tenus de s'enregistrer, alors que le Comité Zed jugeait bon de ratisser plus large[17]. Par contre, le Comité Holtmann proposait l'enregistrement des personnes dont le coût des activités de lobbyisme professionnel visant la masse de la population dépassait un montant de seuil, afin d'éviter de compliquer inutilement les efforts déployés par de petits groupes pour communiquer leurs doléances au gouvernement[18], alors que le Comité Zed était d'avis que les lobbyistes devraient être tenus de divulguer les techniques de communication — y compris lorsque leurs activités visaient la masse de la population — qu'ils emploieraient pour influencer les décisions du gouvernement — une exigence moins lourde qui supposait la divulgation de moins d'information[19]. De même, Zed et ses collègues étaient sensibles à l'argument du Comité Holtmann, qui signalait que les lobbyistes non rémunérés ne sont pas obligés de s'enregistrer[20], mais ont conclu que « dans l'ensemble, il n'est pas nécessaire pour le moment de prévoir l'enregistrement des bénévoles, étant donné l'objectif premier de la divulgation des renseignements dans ce contexte »[21]. Sur la question plus controversée de l'opportunité ou non de prévoir l'enregistrement des services de recherche de correspondance, les deux comités ont tiré la même conclusion, citant les motifs suivants :

[Traduction]

> . . . bon nombre de lobbyistes-conseils. . . ont insisté sur l'importance de certains aspects de leur travail qui ne donnent pas lieu à des activités de lobbyisme direct auprès de titulaires d'une charge publique, et qui permettent plutôt à leurs clients d'élaborer leur position sur différentes questions d'intérêt public et à communiquer efficacement avec le gouvernement. Malgré l'importance que revêt pour leurs clients cette activité en particulier, il ne faut pas nécessairement y voir quelque chose qui risque de miner la confiance du public. En ce qui nous concerne, le fait que les clients des lobbyistes peuvent bénéficier des conseils d'experts ne remet pas en doute l'équité des décisions gouvernementales; une bonne partie de ces conseils d'experts sont accessibles à tout citoyen qui veut prendre le temps de s'informer des activités du gouvernement et sur le processus entourant l'élaboration des politiques. Quand les clients d'un lobbyiste mettent à profit ces connaissances en communiquant leurs opinions au gouvernement, ou en recrutant un expert-conseil qui le fera en leur nom, ils sont automatiquement visés par les exigences d'enregistrement qui sont déjà en vigueur. À notre sens, c'est suffisant pour atteindre l'objectif recherché[72].

Enfin, le Comité Zed a fait valoir que les consultations lancées par les responsables gouvernementaux devraient être ajoutées à la liste des communications exclues précisée au paragraphe 4(2) de la *LEL*, celles-ci devant permettre de réduire les formalités administratives pour les lobbyistes, d'éliminer la collecte de renseignements inutiles par le directeur, et de « garantir que le gouvernement et des groupes extérieurs travailleraient le plus possible en partenariat pour relever les défis stratégiques des années 1990 »[73].

Dans l'ensemble, bien que les deux comités aient souligné la nécessité de simplifier la collecte de renseignements tout en améliorant la capacité du public de savoir quelles activités de lobbyisme sont menées, le Comité

Holtmann était davantage en faveur d'une expansion du rôle de collecte de renseignements du directeur que le Comité Zed, qui expliquait :

> [Traduction]
>
> . . . le fait qu'un grand nombre de ceux qui ont soumis un mémoire à notre examen semblaient supposer que la transparence des activités de lobbyisme est l'objectif premier de la Loi était dangereux. Si la transparence devient le principal objectif, l'attention portera forcément sur les aspects des activités de lobbyisme que nous ignorons et, dans la suite logique des choses, cela créera des attentes sur les éléments d'information qui devraient être divulgués[74].

La transparence était jugée nécessaire pour rétablir la confiance du public dans le gouvernement, mais elle ne constituait pas la finalité de la Loi.

Ces projets de modification de la première version de la *LEL* étaient relativement mineurs. Des modifications beaucoup plus importantes ont ensuite été proposées, à la fois par les deux comités et par le gouvernement, concernant l'objet des activités de lobbyisme et le recensement des organismes faisant l'objet de ces activités. La Loi de 1989 exigeait simplement que les lobbyistes concernés divulguent l'objet de la rencontre ou des communications prévues [alinéa 5(2)*d*)]. Il était évident d'après les témoignages reçus par le Comité Holtmann que les déposants n'étaient pas tenus de fournir des renseignements pertinents sur la nature précise des décisions gouvernementales qu'ils cherchaient à influencer[75]. Le projet de loi C-43 proposait de remédier à cette difficulté en exigeant que les lobbyistes-conseils fournissent « les renseignements — même non réglementaires — utiles à la détermination de l'objet de l'engagement ».

En cautionnant l'ajout des précisions que le gouvernement proposait d'inclure dans la Loi sur la question des renseignements à fournir, le Comité Zed a noté que les lobbyistes salariés et ceux agissant pour le

compte d'une organisation ne seraient pas tenus de divulguer les activités visant à obtenir des contrats du gouvernement pour leur société ou organisation. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

L'absence d'une exigence qui aurait obligé les lobbyistes à communiquer le nom des ministères ou organismes gouvernementaux qui faisaient l'objet de leurs activités était considérée comme l'une des grandes faiblesses de la première version de la *LEL*. Comme l'a expliqué le Comité Zed, « les renseignements touchant la tierce partie visée par les relations de lobbyisme, c'est-à-dire le gouvernement, sont presque inexistants »[16]. Par conséquent, les membres du Comité ont décidé à l'unanimité d'avaliser la disposition du projet de loi C-43 qui exigerait que les lobbyistes divulguent le nom du ministère ou organisme gouvernemental avec lequel ils avaient communiqué ou entendaient communiquer afin d'influencer certaines politiques[17]. Cependant, les avis étaient partagés sur l'opportunité de divulguer le nom des titulaires d'une charge publique ou d'exiger que les titulaires d'une charge publique eux-mêmes soient tenus de consigner les détails de toutes leurs réunions avec des lobbyistes. La majorité des membres du Comité Zed, s'appuyant sur les conseils de Mitchell Sharp, avec ses longs états de service, son érudition et sa grande expérience dans ce domaine, a conclu que le fait d'obliger les fonctionnaires à déposer des renseignements à ce point détaillés entraverait le bon fonctionnement du registre et compromettrait la capacité du public de savoir comment les décisions sont prises. Quoi qu'il en soit, la majorité des membres étaient d'avis que les titulaires d'une charge publique devraient être tenus de se conformer aux exigences du *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat*, et notamment le paragraphe 23(2) du Code, qui prévoit ceci :

> Lors de la formulation de politiques gouvernementales ou de la prise de décisions, le titulaire d'une charge publique devra s'assurer qu'aucun individu ou groupe ne se voit accorder un traitement de faveur en fonction des personnes retenues pour les représenter.

Par conséquent, le Comité Zed a décidé de ne pas recommander que l'on exige la divulgation de renseignements autres que le nom des organismes gouvernementaux que les lobbyistes avaient pressentis ou comptaient pressentir. Les membres de l'opposition du Comité ont déposé des rapports minoritaires dans lesquels ils exprimaient leur opposition à cette position et ils ont insisté pour que le rapport principal recommande que l'on se penche de nouveau sur la question lors du prochain réexamen de la Loi[78].

À l'égard d'autres questions, ni le Comité ni le projet de loi du gouvernement n'a proposé une solution qui aurait donné suite à la suggestion voulant que les coûts des activités de lobbyisme soient divulgués, si bien que ni l'un ni l'autre n'a cherché à imposer une telle exigence[79]. Nous développerons cette question un peu plus loin. Aucune suite n'a été donnée non plus à la demande d'interdire les honoraires proportionnels aux résultats, même si le Comité Zed a recommandé que le projet de loi C-43 soit modifié pour exiger que les lobbyistes divulguent l'existence de contrats prévoyant la détermination des honoraires proportionnels aux résultats[80]. Les préoccupations de certains concernant le financement accordé par le gouvernement à certains organismes qui pratiquent des activités de lobbyisme ont été plus favorablement accueillies, si bien que le Comité Zed a recommandé que tout organisme qui cherche à influencer le gouvernement soit tenu de divulguer les sommes qu'il reçoit de ce dernier[81].

Bon nombre de témoins ont également fait des observations au sujet des relations politiques des lobbyistes et de leur situation d'anciens employés du gouvernement dans certains cas. Comme l'expliquait le Comité Zed, pour certains, leurs soupçons que les lobbyistes misent sur leurs relations personnelles avec les titulaires d'une charge publique pour obtenir un traitement de faveur est l'aspect du lobbyisme qui les dérange le plus[82]. Mais le Comité ne pouvait accepter la notion selon laquelle ces relations devraient empêcher certaines personnes d'être

lobbyistes rémunérés. À ses yeux, les exclure serait contraire au droit de tous les Canadiens de participer à la vie politique. Quant à la possibilité que les lobbyistes puissent profiter de leur situation d'anciens employés du gouvernement, le Comité estimait que le fait d'avoir travaillé par le passé pour le gouvernement ne constitue pas un secret qu'il est nécessaire de divulguer. Au contraire, l'expérience que peuvent avoir acquise les lobbyistes au gouvernement facilite la conduite des affaires publiques. De toute façon, le Comité était d'avis que les codes régissant l'après-mandat et d'autres mesures qui sont déjà en vigueur sont des garanties suffisantes contre la possibilité que soient commis des actes répréhensibles[13].

Dans le contexte du premier mandat de M. Chrétien où le gouvernement faisait attention à ses dépenses, il était compréhensible que le Comité Zed souligne qu'il y avait lieu d'être très satisfait du registre dont les résultats étaient intéressants malgré le peu de ressources qui y étaient consacrées et que d'éventuels changements n'aient pas pour effet d'accroître l'effectif ou le budget de cette administration. Par contre, ce dernier forçait peut-être la vérité en observant également qu'il n'avait reçu aucun témoignage qui permettrait de conclure que le registre n'accomplissait pas sa mission[14]. Après tout, seulement quelques mois auparavant, les électeurs avaient sommairement renvoyé le gouvernement précédent, principalement parce que des journalistes de terrain avaient communiqué des renseignements fort convaincants sur un certain nombre de décisions fort douteuses liées à des activités de lobbyisme et au trafic d'influence[15]. Le fait est que le mandat du registre était fort modeste, il avait des pouvoirs très limités et ses ressources ne lui permettaient de communiquer aux citoyens que les renseignements que les lobbyistes décidaient de déposer. De plus, les comités Holtmann et Zed ont surtout reçu des témoins émanant du milieu d'orientation qui s'était créé autour de la *LEL* et de son application. Les lobbyistes qui faisaient partie de ce milieu n'étaient

aucunement incités à laver leur linge sale en public, alors que les universitaires et les rares groupes de pression des intéressés ne possédaient pas les ressources requises pour faire enquête sur les actes irréguliers des lobbyistes et hésitaient à faire des accusations sans pouvoir fournir des preuves à l'appui. Cependant, les membres de l'Opposition étaient moins réticents à le faire, et les comités ont effectivement reconnu qu'il était possible qu'il y ait plus de praticiens du lobbyisme que le nombre de lobbyistes officiellement enregistrés comme tels, et que l'application des dispositions de la Loi n'avait peut-être pas été tout à fait satisfaisante à cet égard[16]. Il s'ensuivait qu'un réexamen des pouvoirs du directeur des lobbyistes s'imposait.

Le projet de loi C-43, s'appuyant sur les témoignages reçus par le Comité Holtmann, a légèrement élargi les fonctions du directeur, autorisant le Bureau de celui-ci à demander des éclaircissements au sujet des renseignements qui lui sont fournis. De manière officieuse, la Direction de l'enregistrement des lobbyistes interprétait la Loi pour la gouverne des lobbyistes enregistrés, et le Comité Zed a proposé d'institutionnaliser cette activité en lui conférant le pouvoir explicite d'émettre des bulletins d'interprétation[17]. Ce qui est encore plus important, c'est que le Comité a recommandé que le directeur ait le pouvoir d'effectuer au hasard des vérifications des renseignements dans les dossiers[18]. Il a ajouté que toute preuve de non-conformité devrait être signalée à la GRC immédiatement. De plus, pour rehausser la possibilité que l'issue des poursuites soit favorable, le Comité Zed a recommandé que le délai de prescription pour déposer une accusation de violation de la Loi par procédure sommaire passe de six mois à deux ans, et que l'opportunité de cette prolongation du délai soit spécifiquement étudiée lors du prochain réexamen de la Loi[19]. Enfin, comme ils reconnaissaient implicitement que l'amélioration de la conformité suivant ces changements ne serait que modeste, les deux comités ont insisté sur la nécessité de réglementation volontaire,

invitant les citoyens à signaler aux autorités leurs soupçons concernant d'éventuels cas de non-conformité et rappelant une recommandation du premier comité parlementaire à avoir examiné la question du lobbyisme en précisant que, étant donné que les lobbyistes eux-mêmes ont intérêt à rehausser la légitimité de leurs activités, il conviendrait de les encourager à constituer un organisme professionnel et à adopter un Code de déontologie[40].

La décision du Comité Zed de ne pas accepter les conseils de certains témoins qui préconisaient des exigences législatives plus rigoureuses et le renforcement des pouvoirs du directeur n'était pas aussi fourbe ou complaisante qu'elle semble l'être à première vue. Le gouvernement nouvellement élu de Jean Chrétien avait beaucoup insisté sur l'éthique pendant la campagne électorale de 1993 et, en arrivant au pouvoir, ce dernier avait élaboré une démarche bien définie pour empêcher que les problèmes qu'avait connus le gouvernement de Mulroney ne se reproduisent. S'agissant de cette démarche, la LEL était considérée comme l'une seulement parmi plusieurs lois et politiques qui, prises ensemble, définiraient certaines normes de comportement, établiraient des structures de consultation, de surveillance et de déclaration et, le cas échéant, prévoiraient que des enquêtes soient effectuées et que toute infraction fasse l'objet de poursuites. Avant 1994, les principales mesures législatives connexes étaient le *Code criminel* qui prévoyait des sanctions contre le trafic d'influence et les actes de corruption justifiant l'ouverture d'une enquête par la GRC, et le *Code régissant la conduite des titulaires d'une charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*.

Le nouveau gouvernement a proposé que l'application de ces mesures plus ou moins coordonnées s'appuie désormais sur une structure qui passerait par la nomination d'un conseiller en éthique qui serait chargé d'élaborer un Code de déontologie à l'intention des lobbyistes et de surveiller la conformité avec ce Code de déontologie ainsi qu'avec le

Code régissant les conflits d'intérêts. À cette fin, des modifications à la LEL ont été proposées par l'entremise du projet de loi C-43 et le Code régissant les conflits d'intérêts a été révisé. Ainsi la *LEL* prévoyait dorénavant que le conseiller en éthique consulterait le milieu d'orientation afin d'élaborer un Code de déontologie, de surveiller le respect du Code, et de faire rapport au Parlement à ce sujet[41]. S'agissant de la deuxième de ses fonctions, le conseiller en éthique aurait les pouvoirs d'enquête qui n'avaient pas été conférés au directeur des lobbyistes, et notamment le pouvoir d'assigner devant des témoins et de leur enjoindre de déposer oralement ou par écrit et de produire et de payer des documents[42]. Le Comité Zed a pris acte de l'opinion des témoins qui jugeaient que ces pouvoirs étaient insuffisants, étant donné que le Code de déontologie n'avait pas de statut juridique, mais a fait valoir que :

> [Traduction]
>
> ... la LEL porte avant tout sur la divulgation aux citoyens canadiens de renseignements concernant les activités de lobbyisme. Le rôle du conseiller en éthique, tel que le présente le projet de loi C-43, refléterait cette priorité, puisque le conseiller en éthique serait chargé de communiquer au Parlement toute violation du Code de déontologie, plutôt que de réglementer directement les activités des lobbyistes. L'approche qui sous-tend cette structure part du principe qu'un public éclairé, représenté par un Parlement éclairé, constitue une meilleure garantie de l'intégrité finale du processus politique que pourrait l'être la multiplication des règlements, étant donné que le trafic d'influence et d'autres infractions criminelles sont déjà inscrites au *Code criminel*[43].

Le Comité Zed a donc maintenu la distinction admise par les gouvernements Mulroney et Chrétien, à savoir que les activités de lobbyisme doivent être surveillées, mais non pas réglementées, et que c'est la communication au public de renseignements pertinents, et

non les poursuites, qui constitue la meilleure garantie que l'intégrité du processus d'élaboration des politiques sera préservée. Comme nous l'avons déjà vu, le Comité était également très sensible à la nécessité de minimiser les coûts administratifs du programme, déclarant que :

> [Traduction]
>
> Le fait de conférer beaucoup plus de pouvoirs au conseiller en éthique pour faire respecter le Code de déontologie créerait la nécessité d'élargir les protections d'ordre procédural et se solderait par la création d'une bureaucratie dont la principale fonction serait de surveiller le respect des règlements. Il en résulterait nécessairement une hausse des coûts[45].

Toutefois, le Comité a recommandé que le projet de loi C-43 soit modifié pour rendre obligatoire l'ouverture d'une enquête sur toute violation du Code et pour exiger que les rapports que déposerait devant le Parlement le conseiller en éthique présentent, entre autres, l'ensemble des constatations de l'enquête, ses conclusions et ses motifs[46]. Il a également noté que même s'il avait rejeté l'idée que la *LEL* exige la divulgation des coûts des activités de lobbyisme, il pouvait y avoir des situations où l'ampleur des dépenses susciterait des préoccupations particulières parmi les citoyens, notamment lorsque les dépenses engagées par les partisans de l'une des positions exprimées sur une question controversée seraient à ce point supérieures à celles engagées par les partisans de l'autre position que le débat et la prise de décisions risqueraient d'être compromis[46]. De l'avis du Comité, ces situations potentielles justifiaient de modifier le projet de loi C-43 pour autoriser le conseiller en éthique à obtenir des preuves à l'appui et à signaler dans son rapport d'enquête tout paiement reçu, tout versement effectué ou toute dépense engagée par un lobbyiste lorsqu'il estime qu'il y va de l'intérêt du public[47].

La structure des rapports hiérarchiques du conseiller en éthique a suscité beaucoup de débat. Aux termes du projet de loi C-43, le

conseiller en éthique serait nommé par décret et relèverait de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes pour ce qui est de ses responsabilités en vertu de la *LEL*, mais du Premier ministre, par l'entremise du greffier du Conseil privé, pour ce qui est de l'application du *Code régissant les conflits d'intérêts*. Il y avait deux positions à ce sujet parmi les détracteurs. Certains craignaient que le rôle de préserver le droit du public d'être informé des activités de lobbyisme soit incompatible avec la tâche de conseiller le Premier ministre concernant la conduite des ministres et hauts fonctionnaires. D'autres allaient encore plus loin, puisqu'ils affirmaient que le conseiller en éthique ne pourrait correctement défendre les intérêts du public tout en étant au service du gouvernement au pouvoir. Ils étaient d'avis que le conseiller en éthique et le directeur des lobbyistes devraient être des hauts fonctionnaires du Parlement et que le Premier ministre devrait nommer un agent interne au Cabinet du Premier ministre ou au Bureau du Conseil privé pour le conseiller sur des questions d'éthique. Le Comité *Zed* n'a retenu ni l'une ni l'autre de ces deux positions, et a déclaré que :

> [Traduction]
>
> . . . à notre avis, les fonctions du conseiller en éthique n'exigent pas des qualités d'impartialité et de bon jugement très différentes de celles qui s'appliquent à une vaste gamme de fonctions qui sont actuellement exercées — à la satisfaction du public, semble-t-il — par des fonctionnaires[11].

Pour ce qui est du Code de déontologie des lobbyistes, le gouvernement a proposé — et le Comité a cautionné — une approche axée sur la persuasion plutôt que la prescription, faisant valoir qu'une stricte réglementation garantit non pas la conformité avec les règlements, mais des dépenses considérables. Le Comité a jugé convaincants certains témoignages à ce sujet et a ajouté que :

> [Traduction]
>
> Le Code que prévoit le projet de loi C-43 cadre avec l'approche que traduisent les autres articles du projet de loi en ce qui concerne le lobbyisme, c'est-à-dire qu'il donnerait lieu à la divulgation d'agissements douteux, plutôt qu'à des sanctions directes, et permettrait toujours aux citoyens, à leurs représentants et aux éventuels employeurs des lobbyistes de réagir, selon les particularités de la situation[49].

Par contre, le Comité a modifié le projet de loi pour faire en sorte que les lobbyistes soient tenus de se conformer au Code et que le conseiller en éthique soit obligé de solliciter l'opinion du Parlement au fur et à mesure de l'élaboration du Code. Prises ensemble, les recommandations des comités Holtmann et Zed, couplées aux propositions émanant de la fonction publique, représentaient une révision importante de la *LEL*, puisqu'elles ont essentiellement créé le régime administratif et réglementaire qui est actuellement en vigueur. Lorsque toutes ses dispositions sont entrées en vigueur le 31 janvier 1996, la Loi :

- prévoyait trois catégories différentes — des lobbyistes-conseils, des lobbyistes rémunérés et des lobbyistes pour le compte d'une association — qui devaient communiquer au directeur tout engagement rémunéré qui concernait les communications avec des titulaires d'une charge publique en vue d'influencer l'élaboration, ou le rejet, de propositions législatives, de règlements, de politiques et programmes gouvernementaux, ou l'attribution de subventions et de contrats;

- précisait que l'enregistrement doit se faire dans des délais prescrits et viserait a) l'objet des communications avec les titulaires d'une charge publique; b) le nom des organismes faisant l'objet du lobbyisme; et c) les techniques de communications qu'ils ont employées;

- établissait certaines exemptions, notamment les observations présentées officiellement par les employés d'autres gouvernements;

les communications avec différents fonctionnaires concernant l'application régulière des règlements, et les exposés faits par des groupes de tous les milieux devant les commissions d'enquête, les comités parlementaires et d'autres groupes dont les audiences sont du domaine public;

- reconnaissait que les lobbyistes-conseils, les lobbyistes pour le compte d'une association et les lobbyistes rémunérés travaillent dans des conditions un peu différentes et devraient donc avoir à signaler leurs engagements de façon différente, même si les mêmes renseignements étaient exigés dans chaque cas;

- créait au sein de la fonction publique les postes de conseiller en éthique et de directeur des lobbyistes dont les responsabilités comprenaient, entre autres, l'élaboration d'un Code de déontologie des lobbyistes; la surveillance du respect du Code; l'administration du registre, y compris l'exécution de vérifications de l'enregistrement et, le cas échéant, l'ouverture d'enquêtes afin de déterminer l'exactitude des renseignements fournis par les lobbyistes.

D'autres modifications à la Loi sont entrées en vigueur le 20 juin 2005[30] par suite de l'examen parlementaire effectué en 2001 par le Comité permanent des sciences, de l'industrie et de la technologie de la Chambre des communes[31]. Les changements en question étaient moins importants que ceux qui sont entrés en vigueur en 1995, mais plusieurs d'entre eux étaient néanmoins assez considérables.

Ce qui a sans doute le plus perturbé le milieu du lobbyisme était une autre disposition qui améliorait encore les procédures visant les lobbyistes rémunérés et ceux agissant pour le compte d'une organisation. En 1995, la responsabilité de l'enregistrement des lobbyistes pour le compte d'une organisation était conférée aux responsables rémunérés occupant le poste le plus important dans chaque organisation. Même si chaque lobbyiste travaillant pour le compte d'une organisation devait désormais être recensé[32], c'est le titulaire de ce poste qui parafait le

formulaire d'enregistrement. Cette procédure vise à présent l'enregistrement des lobbyistes salariés. On explique que ce changement vise à atténuer le fardeau administratif en éliminant la nécessité de déposer de multiples déclarations[53], mais ses répercussions ne se limitent pas à la simple paperasserie, puisqu'on souhaite que ces dernières fassent comprendre que l'ultime responsabilité des relations gouvernementales se situe aux échelons les plus élevés de l'organisation[54].

On peut maintenant s'attendre à ce que d'autres modifications aient un effet considérable. Le rôle du conseiller en éthique (appelé à présent commissaire à l'éthique) est limité, et le directeur dispose de ressources plus importantes pour surveiller le respect du *Code de déontologie des lobbyistes*[55]. De plus, lui ou elle doit présenter, chaque année, un rapport au Parlement et lui faire parvenir le rapport définitif de toute enquête effectuée aux termes de ce Code. Le gouvernement et le Comité Zed ayant décidé de faire volte-face par rapport à la position adoptée précédemment, il était maintenant convenu que les anciens titulaires d'une charge publique devraient désormais faire savoir leurs antécédents en matière d'emploi ainsi que les postes qu'ils ont occupés[56]. De plus, tous les lobbyistes étaient désormais tenus de faire des déclarations semi-annuelles[57]. Une faille dans la liste des exemptions a été éliminée grâce à la révision de l'alinéa 2(4)*c*). Cet alinéa avait précédemment prévu que la Loi ne s'appliquait pas dans les cas, notamment, de :

> présentations à un titulaire d'une charge publique, en réponse directe à sa demande écrite, d'avis ou observations, oralement ou par écrit, au nom d'une personne ou d'une organisation en rapport avec une mesure visée (aux articles portant sur l'objet des engagements pris par les lobbyistes).

Le nouveau libellé, qui réduit les possibilités de collusion entre les lobbyistes et les titulaires d'une charge publique, prévoit l'application d'une exemption uniquement si les communications ne concernent qu'une demande de renseignements.

La modification qui est sans doute la plus importante concerne un changement de formulation qui remplace l'expression « afin de tenter d'influencer » par les mots « au sujet de »[58]. Nous examinerons les raisons et les répercussions de ce changement un peu plus loin. D'autres changements de formulation donneront lieu à un resserrement général de la Loi[59].

1.1
Résumé : Historique de la *LEL*

La Loi sur l'enregistrement des lobbyistes est entrée en vigueur le 30 septembre 1989. Des modifications marginales y ont apportées en 1995, 1996, 2003 et 2004 pour refléter l'expérience acquise et la nécessité de donner plus de force à ses dispositions. Toutefois, d'autres améliorations sont encore nécessaires.

Selon la Loi, est un lobbyiste quiconque reçoit un paiement pour représenter une tierce partie dans l'organisation de rencontres avec des titulaires de charges publiques ou de communication avec ces derniers au sujet de l'élaboration et de la modification de textes législatifs et réglementaires, de l'élaboration de politiques, de l'octroi de subventions ou de contributions et de l'octroi de contrats (article 5). Dans sa formulation de 1989, le législateur reconnaissait la légitimité du lobbying, prévoyait la création d'un registre et exigeait des lobbyistes-conseils qu'ils déclarent le nom de leurs clients ou employeurs et le thème de leurs interventions. Ceux qui travaillaient pour des entreprises et les organismes à but non lucratif devaient enregistrer leur nom et celui de leurs employeurs. Des pénalités étaient prévues en cas d'infraction à l'exigence d'enregistrement. Les buts du registre étaient modestes, les pouvoirs du directeur étaient limités, et les ressources de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes étaient juste suffisantes pour communiquer au public les informations que les lobbyistes choisissaient de fournir. Tout ceci reflétait l'opinion du gouvernement

Mulroney voulant que le lobbying devait être surveillé mais pas réglementé, et que le meilleur moyen de préserver l'intégrité du processus d'élaboration des politiques publiques était la divulgation publique, pas les poursuites judiciaires. En outre, il fallait que les coûts de gestion du programme soient minimes.

Depuis son adoption, la Loi a été modifiée à trois reprises, à chaque fois pour y introduire de nouvelles mesures destinées à corriger des problèmes apparents concernant sa portée, les critères de divulgation et les pouvoirs du directeur. Sous sa forme actuelle, la Loi établit le régime suivant :

- trois catégories de lobbyistes — lobbyistes-conseils, lobbyistes d'entreprise et lobbyistes d'association — tenus d'enregistrer toute intervention rémunérée comprenant des communications avec des agents de l'État au sujet de l'élaboration ou du rejet de propositions législatives, de règlements, de politiques publiques et de programmes, ainsi que de l'octroi de subventions et de contrats. Les lobbyistes bénévoles ne sont pas tenus de s'enregistrer;

- des exemptions sont prévues pour les démarches officielles d'employés d'autres gouvernements, les communications avec les agents de l'État concernant l'application régulière des règlements, et les démarches entreprises par toutes les parties devant des commissions d'enquête, des comités parlementaires et d'autres audiences faisant partie du domaine public;

- l'enregistrement doit se faire dans certains délais établis et comprendre non seulement l'identification du lobbyiste et de la firme de lobbying mais aussi a) les noms des clients (ou employeurs), b) le thème des communications avec les agents de l'État, c) tout poste officiel occupé antérieurement par le lobbyiste au gouvernement du Canada, d) le nom des organismes ayant fait l'objet du lobbying et, e) les techniques de communication employées;

- comme les lobbyistes-conseils, les lobbyistes d'association et les lobbyistes d'entreprise travaillent dans des circonstances

relativement différentes, ils déclarent leurs activités différemment mais sont tenus de fournir essentiellement les mêmes informations;

- les lobbyistes sont tenus d'observer un code de déontologie;
- les responsabilités du directeur comprennent la surveillance du respect du Code, la gestion du registre, comprenant l'exécution de vérification des enregistrements, et, s'il y a lieu, la conduite d'enquête sur les informations fournies par les lobbyistes. Le directeur adresse chaque année un rapport au Parlement et doit également lui fournir le rapport final de toute enquête exécutée en vertu du Code.

Depuis l'adoption de la Loi, l'une des principales caractéristiques du régime a été « l'enregistrement, mais pas la réglementation ». Plusieurs gouvernements successifs ont tenté d'instaurer un système ne dissuadant pas le grand public de s'adresser au gouvernement, mais ne créant pas non plus un processus de réglementation compromis par une quantité excessive d'information et des exigences de rapport impossibles à appliquer. Comme nous le verrons plus loin, cette approche a eu quelques résultats positifs. Toutefois, elle a également eu pour effet, jusqu'à récemment, d'empêcher les responsables de l'application de la Loi d'atteindre efficacement l'objectif énoncé « d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui cherche à exercer une influence auprès [du gouvernement] ».

2 Forces et faiblesses de la Loi actuelle[60]

Comme les paragraphes qui suivent font état des défauts importants de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes (LEL)*, il est essentiel d'insister sur le fait que cette dernière apporte une contribution importante aux efforts visant à recenser et à réglementer les activités de lobbyisme. Même si elle n'a pas l'avantage que lui attribuent certains élus politiques enthousiastes de garantir que les Canadiens sachent qui influence — sans parler de leur degré d'influence — les décisions d'intérêt public,

elle explicite le droit du public d'accéder à cette information et crée un organisme autorisé à l'obtenir.

Le préambule de la Loi n'est pas un discours creux. Il présente les principes concurrents qui déterminent le champ d'application de la Loi et les pouvoirs du directeur. De par les mots « vu l'intérêt public présenté par la liberté d'accès aux institutions de l'État », la Loi reconnaît le droit constitutionnel de tout citoyen canadien de communiquer avec son gouvernement. En évoquant « l'opportunité d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui cherche à exercer une influence auprès de ses institutions », elle établit que les communications entre de tels interlocuteurs devraient être sujettes à l'examen du public. Autrement dit, la liberté d'accès est affirmée, mais l'obligation pour le gouvernement de garantir la transparence est également affirmée, comme l'est la nécessité de s'assurer que la transparence soit garantie en entravant le moins possible la liberté d'accès. Mais en affirmant le droit constitutionnel de communiquer avec le gouvernement, on reconnaît également que les citoyens peuvent avoir besoin de s'adresser à des intermédiaires et que, par conséquent, le lobbyisme constitue une activité légitime. En reconnaissant la légitimité du lobbyisme, la Loi prévoit la réglementation de cette activité, même si le préambule précise bien à dessein que le degré de réglementation que prévoit la Loi — c'est-à-dire, l'enregistrement — « ne doit pas faire obstacle à cette liberté d'accès ».

Comme nous l'avons déjà vu, la version initiale de la Loi avait pour principal avantage de reconnaître l'influence du lobbyisme et de prévoir une forme quelconque de réglementation, même si l'enregistrement était la seule mesure jugée nécessaire à l'époque. Dès lors qu'on a réussi à délimiter le champ d'application des règlements, il devenait possible de connaître le nombre de lobbyistes en exercice et d'arriver à comprendre jusqu'à un certain point quelle était la nature de l'interaction entre les lobbyistes et le gouvernement. Par conséquent,

la deuxième version de cette mesure législative reconnaissait la nécessité d'établir un code de déontologie et de conférer aux responsables le pouvoir — limité, il faut le reconnaître — de surveiller le respect de la Loi et, par l'entremise du conseiller en éthique, de mener des enquêtes sur le comportement des lobbyistes. La troisième et la plus récente version de la Loi renforce encore les dispositions de cette dernière en précisant davantage le libellé et en élargissant les pouvoirs du directeur en ce qui concerne la publication de bulletins d'interprétation et les enquêtes relatives à la non-conformité.

Certains événements qui se sont produits au cours de la période d'application de la deuxième version de la Loi ont permis de constater qu'elle avait de grandes faiblesses. En 2001, il était d'ores et déjà clair que certains textes clés de la Loi étaient trop imprécis pour permettre d'intenter des poursuites. Deux ans plus tard, le Rapport annuel de la vérificatrice générale a démontré, en faisant porter l'attention sur ce qu'on appelle à présent le « scandale des commandites », que la Loi ne permettait absolument pas aux titulaires d'une charge publique et au public « de savoir qui (cherchait) à exercer une influence auprès (des) institutions (de l'État) ». La plus récente version de la Loi corrige en partie les difficultés que ces événements ont fait ressortir, mais des faiblesses importantes demeurent, malgré le resserrement de ses dispositions et l'élargissement des pouvoirs du directeur.

Les plus importantes concernent la conformité, la divulgation, les enquêtes et l'indépendance du directeur. Je vais les examiner à tour de rôle, après quoi je présenterai brièvement d'autres critiques formulées à l'égard de la Loi et de son application.

2.1
Observation des règles

Lors des audiences publiques de la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, le nombre de témoins ayant déclaré qu'ils ne s'étaient pas enregistrés fut tellement élevé que le commissaire ne put s'empêcher de constater qu'il avait « l'impression que personne ne s'enregistre comme lobbyiste... Je n'ai encore entendu personne dire qu'il s'était enregistré »[61]. Un témoin, Alain Renaud, a expliqué que « je ne l'ai pas fait parce que c'était la pratique standard. Dans le secteur des communications, la plupart des gens n'étaient pas enregistrés. Je n'étais pas un cas unique »[62]. Rehausser le taux de conformité sera un grand défi. La *LEL* est difficile à administrer. Telle qu'elle est actuellement libellée, elle vise un public cible important, qui ne se sent pas automatiquement visé. La Loi reconnaît trois catégories de lobbyistes : les lobbyistes-conseils, les lobbyistes rémunérés qui travaillent pour une entreprise, et les lobbyistes d'une organisation qui travaillent pour des organismes à but non lucratif. Un nombre considérable de lobbyistes appartenant à chacune de ces trois catégories s'enregistrent, mais un nombre inconnu, appartenant à l'un des trois groupes qui suivent, ne le fait pas :

- ceux qui ne savent pas qu'il existe un registre des lobbyistes;
- ceux qui ne comprennent pas qu'ils doivent s'enregistrer eux-mêmes;
- ceux qui veulent se soustraire à l'enregistrement.

2.1.1 Inobservation involontaire

Les entrevues menées indiquent que les lobbyistes-conseils et les lobbyistes salariés affiliés aux grandes entreprises et aux organismes à but non lucratif sont tout à fait au courant des exigences en matière

d'enregistrement et que, le plus souvent, ils s'enregistrent. Le degré d'observation parmi ces lobbyistes semble s'être accru depuis l'entrée en vigueur des modifications apportées à la Loi et au règlement d'application. Les responsables gouvernementaux et les observateurs s'accordent à reconnaître que cette observation accrue est probablement le fait d'une surveillance plus rigoureuse des enregistrements décidée par l'actuel directeur, et du resserrement du libellé de la Loi qui accroît la possibilité d'intenter des poursuites avec succès. (Nous reviendrons sur cette question.) Toutefois, les lobbyistes-conseils et les lobbyistes salariés des grandes entreprises et des organismes à but non lucratif sont relativement peu nombreux et travaillent généralement à partir d'Ottawa, où les nouvelles au sujet du resserrement des procédures et des nouvelles exigences sont rapidement diffusées. Les membres de ce milieu savent parfaitement qu'ils sont tenus de s'enregistrer.

En dehors de ce milieu, la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* est généralement inconnue, bien que nombre d'entreprises, d'universités, d'hôpitaux, d'organismes de service social et d'autres organismes à but non lucratif traitent régulièrement avec le gouvernement fédéral et recourent souvent aux services de conseillers juridiques et d'experts-conseils qui mènent des activités qualifiées de lobbyisme dans la Loi[14]. Pour bon nombre de ces organisations, ce sont surtout des agents de programmes qui ont des contacts avec les agences et l'on peut donc s'attendre à ce qu'ils connaissent la *LEL* et les informent au sujet des exigences et des règles susceptibles d'influer sur l'obtention d'une subvention ou d'un contrat. À l'heure actuelle, à moins qu'un agent ait une certaine expérience du registre, c'est peu probable. Les informations disponibles à ce sujet sont imprécises, mais il semble que les agents de programmes ne soient généralement pas très informés au sujet de la Loi ou du registre. On peut d'ailleurs même se demander dans quelle mesure les fonctionnaires connaissent la Loi et les règles correspondantes du Conseil du Trésor quand on constate qu'en

septembre 2005, selon les médias, une enquête était entreprise au sujet de paiements faits à des lobbyistes par un certain nombre de firmes de haute technologie qui avaient reçu une aide financière du gouvernement au titre du Programme Partenariat Technologie[64]. L'enquête portait sur le fait que certaines firmes avaient peut-être employé des lobbyistes non enregistrés et leur avaient payé des honoraires conditionnels, contrairement aux règlements du Conseil du Trésor.

L'ampleur et les raisons de ce manque d'information ne sont pas tout à fait claires, étant donné que cette question n'a jamais fait l'objet d'une étude systématique, mais il existe plusieurs explications plausibles. Premièrement, depuis 16 ans que cette loi est en vigueur, les médias en ont peu parlé. Deuxièmement, le gouvernement fédéral n'a guère fait l'effort de renseigner les citoyens concernés sur les dispositions de la Loi. Troisièmement, les associations professionnelles semblent s'être peu préoccupées de la Loi et de ses exigences. Je reviendrai sur ces questions un peu plus loin.

2.1.2 Évitement

S'il est difficile d'évaluer l'ampleur de l'inobservation, il est encore plus difficile de dire quelle est la proportion de l'inobservation involontaire, d'une part, et de l'inobservation par évitement, d'autre part. Une étude de l'inobservation menée par le cabinet d'experts-conseils KPMG à l'intention du Bureau du conseiller en éthique illustre bien ce problème. À part les 26 avocats de grandes sociétés, la majorité des 150 personnes interrogées pour l'étude faisaient nécessairement partie du groupe des lobbyistes qui sont déjà en conformité et sont enregistrés. On a demandé aux enquêtés d'évaluer le taux d'observation de leurs collègues. Il n'est guère surprenant de constater qu'une proportion importante (environ le quart) l'ignorait; parmi ceux qui ont cité un chiffre, environ un cinquième lançait une réponse au hasard[65]. On peut supposer que les autres quatre cinquièmes des répondants avaient pu consulter quelques

bases de données « divines », car il est manifestement impossible de savoir combien de personnes communiquent à n'importe quel moment avec le gouvernement en vue d'influencer les décisions publiques. Malgré les erreurs de méthodologie qui caractérisent l'étude de KPMG, ses conclusions demeurent intéressantes :

> [Traduction]
>
> Les réponses de ceux qui ont hasardé une évaluation indiquent que le degré d'observation… était jugé élevé, avec néanmoins une marge importante d'inobservation, et ce pour 68 p. 100 des lobbyistes-conseils, 79 p. 100 des lobbyistes pour le compte d'une organisation, et 100 p. 100 des lobbyistes salariés interrogés… (De plus) 50 p. 100 des lobbyistes-conseils, 20 p. 100 des lobbyistes pour le compte d'une organisation, et 15 p. 100 des lobbyistes salariés ont indiqué qu'ils sont au courant d'activités de lobbyisme qui ne sont pas enregistrées[66].

L'évitement ne s'explique pas nécessairement par le désir d'enfreindre la Loi. L'étude de KPMG a révélé que l'on peut vouloir éviter de s'enregistrer parce que l'on veut protéger des renseignements commerciaux de nature exclusive. Dans le milieu des lobbyistes professionnels, le registre est connu pour être une source d'information sur les activités des concurrents. Ainsi celui qui ne s'enregistre que tardivement ou pas du tout évite de faire connaître l'existence de nouvelles stratégies internes et organisationnelles à ses concurrents.

Le problème s'explique peut-être aussi par un certain manque de cohérence des dispositions de la Loi. Ainsi, l'interdiction des honoraires conditionnels par le Conseil du Trésor semble aller complètement à l'encontre de l'obligation qui est faite aux lobbyistes, de par la *LEL*, de déclarer leurs honoraires conditionnels [alinéa 5(2) *g*)] et met en relief l'incertitude du gouvernement quant à leur légitimité[67]. Il semble absurde qu'un lobbyiste puisse recevoir des honoraires conditionnels s'il a pu

convaincre le gouvernement de renverser sa politique, qui existe depuis longtemps, d'opposition à la militarisation de l'espace mais pas s'il a réussi à vendre des armes spatiales au ministère de la Défense nationale.

Le manque de cohérence est également un problème pour certains organismes de charité qui sont tenus de s'enregistrer comme lobbyistes. Les activités des organismes de charité sont très réglementées[65]. En particulier, l'Agence des douanes et du revenu du Canada ne les autorise pas à consacrer plus de 10 p. 100 de leur revenu annuel aux lobbyistes. Or, en vertu du paragraphe 7(1) de la *LEL*, ces organismes sont tenus de s'enregistrer quand une partie importante du temps de travail de leurs employés est consacrée à communiquer avec des titulaires de charge publique au sujet de textes de loi, de politiques ou de subventions, de contrats et de contribution. Le seuil est franchi quand un employé consacre 20 p. 100 de son temps au lobbyisme ou que plusieurs employés menant des activités de lobbyisme exercent des activités qui « constitueraient au total une partie importante de celles d'un seul employé »[66]. Comme un observateur l'a fait remarquer, « les critères ne sont pas les mêmes »; les organismes de charité risquent donc d'être déconcertés par le seuil de 20 p. 100 et d'être incités à sous-estimer les activités de lobbyisme de leurs employés.

Bien que comprendre les raisons de l'inobservation ne soit pas une excuse, cela peut être utile pour savoir comment convaincre les lobbyistes et les organismes de s'enregistrer. Par exemple, en réglant le manque de cohérence des dispositions législatives, le Bureau du directeur des lobbyistes (BDL) pourrait favoriser l'observation de la Loi et consacrer ses ressources aux cas où l'inobservation est destinée à dissimuler une influence illégale. Cela dit, on ne connaît pas l'ampleur du problème et le BDL n'a pas les ressources voulues pour se pencher sur la question. C'est d'ailleurs ce manque de ressources qui compromet le plus les tentatives du Bureau pour surveiller l'inobservation.

2.1.3 Sanctions

Il y a deux aspects à l'exécution de la Loi. En vertu de l'article 14, une personne qui contrevient à la Loi ou à ses règlements [à l'exception du paragraphe 10.3(1)] est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une peine de 25 000 $. Cela vaut également pour toute personne qui, sur déclaration sommaire de culpabilité, est trouvée coupable d'avoir produit des déclarations ou documents faux ou trompeurs mais, dans ce cas, il peut aussi y avoir une peine de six mois d'emprisonnement. Lorsque la condamnation résulte d'une mise en accusation, la peine maximum peut être plus élevée et comprendre une amende de 100 000 $ et (ou) deux ans d'emprisonnement. En vertu du paragraphe 14(3), un délai de prescription de deux ans est fixé pour intenter des poursuites par voie de procédure sommaire. Finalement, c'est le procureur général, pas le directeur, qui a le pouvoir d'intenter des poursuites.

Le deuxième aspect de l'exécution de la Loi porte sur le Code de déontologie. En vertu du paragraphe 10.3(1), les personnes tenues de s'enregistrer doivent se conformer au Code. Si l'on a des raisons de croire qu'une infraction a été commise à l'égard du Code, le directeur doit faire enquête. Pour ce faire, il possède les mêmes pouvoirs de citation qu'une Cour supérieure. Si son enquête confirme qu'une infraction a été commise à l'égard de la *LEI*, l'enquête entreprise en vertu du Code doit être suspendue jusqu'à ce que l'enquête entreprise en vertu de la *LEI* soit terminée et ait fait l'objet d'une décision de la part d'autres autorités. Si le directeur conclut qu'il y a eu une infraction au Code, il doit faire un rapport de ses constatations au Parlement. Le dépôt du rapport constitue la principale pénalité infligée en cas d'infraction au Code, bien qu'il soit également possible de demander des poursuites en vertu de l'article 126 du *Code criminel*, qui prévoit des pénalités pour toute infraction volontaire à une loi fédérale quand aucune autre peine n'est prévue.

Il convient de rappeler que le pouvoir du directeur d'imposer l'observation de la Loi est strictement limité. Les enregistrements peuvent être vérifiés, et les infractions au Code peuvent faire l'objet d'une enquête. Toutefois, la décision d'intenter des poursuites relève du procureur général. La seule peine que le directeur peut infliger de manière indépendante consiste à adresser un rapport d'enquête au Parlement. Dans le secteur du lobbyisme, où la réputation compte pour beaucoup, ce n'est pas négligeable.

En fait, d'autres pénalités peuvent également être imposées par d'autres secteurs du gouvernement fédéral en cas d'infractions commises par des lobbyistes ou par leurs clients. Dans le cas récent du Programme Partenariat Technologie, les sommes versées aux entreprises concernées ont été gelées et une firme au moins a accepté de rembourser au gouvernement une somme égale aux honoraires conditionnels qu'elle avait payés au lobbyiste. Le gouvernement peut annuler les contrats entachés par une infraction à la Loi fédérale ou aux règlements, ce qui peut avoir des conséquences catastrophiques pour les entreprises concernées. Ces pénalités n'ont aucun effet direct sur les lobbyistes coupables, bien que les entreprises puissent tenter de les poursuivre en dommages et intérêts, mais il se peut qu'ils aient à l'avenir de grosses difficultés à exploiter leur meilleur atout, l'accès aux décideurs, si cela leur donne la réputation d'être des personnes qui contournent les lois. Finalement, les nombreux lobbyistes qui sont également des avocats sont assujettis à une discipline professionnelle.

Il est difficile de dire si ces sanctions ont de l'importance quand un lobbyiste pèse le pour et le contre de l'enregistrement. Lors des audiences de la Commission, plusieurs lobbyistes ont dit qu'ils évitaient systématiquement de s'enregistrer, mais d'autres, associés à des firmes réputées de relations gouvernementales ou à des cabinets de droit, ont dit qu'ils s'enregistraient systématiquement. Ces derniers sont peut-être surtout influencés par des questions de réputation et de

professionnalisme plutôt que par les pénalités prévues dans la *LEL*. Quant aux autres, ils ne savaient peut-être pas que l'inobservation de la Loi est passible de sanctions. Il se peut fort bien que les sanctions favorisent l'observation de la Loi, mais seulement si l'on sait qu'elles existent. Une autre possibilité est que les lobbyistes qui ne s'étaient pas enregistrés ont peut-être supposé que la Direction de l'enregistrement des lobbyistes (DEL) n'avait de toute façon pas les ressources nécessaires pour faire enquête à leur sujet ou pour imposer l'observation de la Loi.

2.1.4 L'information et le problème de l'observation de la Loi

La méconnaissance de la *LEL* est compréhensible quand on réalise le peu de publicité dont elle a fait l'objet. Récemment encore, les médias ne s'intéressaient quasiment pas à la réglementation du lobbyisme, et les fonctionnaires eux-mêmes et les personnes faisant des affaires avec les organismes fédéraux avaient reçu très peu d'information du gouvernement à ce sujet. En outre, le manque de clarté de la Loi et l'absence d'interprétation de ses dispositions, sont des faiblesses graves.

Cette étude n'a pas permis de mener des investigations exhaustives pour savoir dans quelle mesure les fonctionnaires avaient été préparés, par des programmes de formation, à faire face aux questions de lobbyisme, mais des informations ont pu être obtenues auprès du ministère des Travaux publics qui, on peut le penser, prête certainement une attention considérable à ces questions puisque c'est le principal organisme d'approvisionnement du gouvernement. Au ministère, les questions de lobbyisme sont généralement traitées dans des modules de formation sur l'éthique. On peut également obtenir d'autres informations en s'adressant à sa Direction de l'éthique[70]. Cela dit, Travaux publics est certainement un cas particulier. Dans son rapport de 2003, la vérificatrice générale a déclaré que « les organismes responsables des approvisionnements importants ainsi que des programmes de subventions et contributions font des progrès en ce qui concerne

l'élaboration et la mise en œuvre d'initiatives exhaustives liées aux valeurs et à l'éthique ». Elle a cependant précisé que « ces progrès demeurent lents »[71]. Dans les organismes responsables de plus petits programmes, ils le sont peut-être encore plus.

En ce qui concerne les gens d'affaires et le grand public, ils peuvent obtenir certaines informations en s'adressant au gouvernement, mais ce n'est pas facile. Le site Web d'enregistrement des lobbyistes contient des renseignements utiles et facilement accessibles au sujet de la Loi et du *Code de déontologie des lobbyistes*[72]. Plusieurs bulletins d'interprétation et avis consultatifs y sont affichés à l'intention des utilisateurs. Cependant, aussi utile soit-il, ce site est plus susceptible d'être utilisé par les lobbyistes professionnels que par les dirigeants d'entreprises, leurs avocats ou des personnes ayant des contacts intermittents avec le gouvernement fédéral. Il n'est utile qu'aux personnes qui sont au courant de la Loi et conscientes que leurs activités constituent peut-être du lobbyisme. Les sites que les entrepreneurs et dirigeants d'entreprises sont susceptibles de consulter ne permettent pas d'arriver facilement au site de la *LEL* et ne comportent que quelques mentions énigmatiques des conditions à remplir, comme celles du Conseil du Trésor concernant l'interdiction de verser des honoraires conditionnels[73].

Les associations commerciales et professionnelles ne sont pas très utiles non plus. L'Institut de relations gouvernementales du Canada, organisme d'Ottawa représentant des lobbyistes, organise des séminaires et conférences pour diffuser des informations dans la capitale. Au-delà de ce public limité, la Société canadienne des directeurs d'associations publie un recueil sur les relations gouvernementales dans lequel on trouve des informations sur l'enregistrement des lobbyistes, mais la Chambre de commerce du Canada indique seulement qu'elle « fait référence à la *LEL* quand elle communique avec ses membres surtout quand des changements sont apportés à la Loi. Nous n'avons pas produit de guide spécial sur cette question »[74]. L'examen des publications publiées depuis

1999 par la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante n'a révélé aucun rapport à ce sujet. Les politiques publiques font l'objet de nombreuses études d'instituts spécialisés, mais les discussions consacrées au lobbyisme et à sa réglementation sont extrêmement rares.

Un autre facteur contribuant à l'obscurité de la Loi est que son libellé laissait, et laisse encore dans une certaine mesure, beaucoup de place à l'interprétation personnelle. Récemment encore, le directeur ne faisait guère d'efforts pour interpréter ses dispositions. D'ailleurs, la première version de la Loi n'autorisait pas le directeur à le faire, même si le Bureau a fait certains efforts pour dispenser des conseils officieux aux personnes enregistrées[75]. Cette omission a été corrigée dans la deuxième version de la Loi et la Direction a publié deux bulletins d'interprétation et un guide de l'enregistrement[76]. En octobre 2005, on trouvait sur le site Web trois bulletins et deux avis consultatifs, mais cela était loin de couvrir toutes les questions posées par les lobbyistes[77]. Vu l'effectif limité du Bureau du directeur, qui compte sept employés, son budget limité (737 000 $[78]) et la complexité des questions qu'il a à traiter, comme celles concernant les discussions contractuelles, il n'est guère surprenant que le directeur ait tardé à répondre à de telles demandes.

2.2
Divulgation

Lors des révisions successives de la *LEL*, le gouvernement a prêté une attention spéciale aux exigences de divulgation. Dans la première version de la Loi, on demandait tellement peu d'informations aux personnes qui s'enregistraient que le texte avait été qualifié, par dérision, de « projet de loi des cartes d'affaires ». Les lobbyistes-conseils étaient seulement tenus de donner leur nom, le nom de leur client et leur domaine d'activité. En ce qui concerne les lobbyistes salariés, il leur suffisait de donner leur nom et celui de leur employeur,

une fois par an. Aujourd'hui, les informations exigées des lobbyistes-conseils au titre du paragraphe 5(2) contiennent une dizaine d'éléments allant des données de cartes d'affaires aux techniques de communications qui seront utilisées, au nom des membres de la coalition, aux fonctions exercées antérieurement par le lobbyiste dans le secteur public, etc. La liste du paragraphe 7(3) concernant les lobbyistes salariés est encore plus longue.

Cet accroissement des exigences de divulgation illustre le processus d'apprentissage politique par lequel sont passées toutes les personnes s'occupant de la réglementation des lobbyistes depuis 1985. Il reflète en particulier le fait qu'elles ont pris conscience qu'il ne suffit pas d'identifier qui communique avec le gouvernement, car le public a besoin d'en savoir beaucoup plus sur les raisons du lobbyisme et sur les méthodes utilisées pour exercer une influence. Duff Conacher, de Démocratie en surveillance, le principal organisme qui s'intéresse au lobbyisme, soutient que la Loi actuelle porte un nom trompeur en définissant la réglementation du lobbyisme du point de vue de l'enregistrement. Il préférerait qu'on l'appelle *Loi de divulgation du lobbyisme*, ce qui mettrait l'accent sur la divulgation de l'activité elle-même. En réalité, un tel changement de nom ne ferait qu'entériner une transformation qui s'est déjà largement produite.

Malgré l'accroissement des exigences de divulgation, le public sait encore peu de chose sur le lobbyisme. Les dispositions de la Loi ne permettent pas au public, ni même aux journalistes, d'obtenir des informations sérieuses sur les activités des lobbyistes. Bien que les consultants et les journalistes spécialisés puissent utiliser les enregistrements pour savoir ce qui se passe, ils utilisent ces informations comme des indications générales plutôt que comme la révélation directe du but de l'activité de lobbyisme. Ils se fondent sur leur connaissance générale, leur expérience et leur propre réseau d'informateurs pour interpréter les données sibyllines du registre. Le

grand public et les organismes de surveillance à but non lucratif ont peu d'outils de cette nature pour les aider à comprendre.

On perçoit donc encore une certaine frustration qui suscite des demandes pour divulguer d'autres renseignements, notamment :

- les entreprises avec lesquelles les lobbyistes bénévoles sont affiliés;
- les postes que les lobbyistes ont occupés au sein de partis politiques ou les fonctions qu'ils ont exercées pour des candidats;
- la participation à des consultations, audiences, tables rondes ou activités similaires, même lorsqu'elles sont publiques;
- le coût des activités de lobbyisme, ou le temps que les lobbyistes et les bénévoles y consacrent.

Démocratie en surveillance est l'organisme qui réclame la divulgation d'informations sur les lobbyistes bénévoles. À son avis, en les dispensant de l'obligation de s'enregistrer, la Loi offre aux entreprises une échappatoire leur permettant d'exercer des pressions sur leurs anciens cadres pour qu'ils fassent du lobbyisme en leur nom. Il n'a pas été possible de confirmer ou d'infirmer cette critique.

Demander la divulgation des postes que les lobbyistes ont occupés au sein de partis politiques et la nature de leurs liens partisans avec les politiciens est une requête plus importante que les partis d'opposition appuient fermement. Elle s'explique par le fait que les lobbyistes ont souvent une carrière comprenant des fonctions d'agent politique, d'adjoint à un ministre puis de lobbyiste, ce qui leur permet d'exercer beaucoup plus d'influence. Par exemple, un bénévole qui a travaillé pour la campagne électorale ou la campagne à la direction d'un politicien de premier plan peut ensuite, lorsque ce politicien est élu, obtenir un poste dans un cabinet ministériel où il établira un réseau de contacts politiques et bureaucratiques et obtiendra une bonne connaissance des

processus gouvernementaux et des politiques publiques. En même temps, il conservera ses liens avec son parti politique, en allant peut-être même à l'occasion jusqu'à travailler à temps plein pendant une courte période pour une campagne électorale ou une campagne à la direction du parti. Finalement, son expérience et ses contacts seront suffisamment étendus pour justifier son recrutement par une firme de lobbyisme où sa connaissance du gouvernement et son accès à des titulaires influents de charges publiques constitueront un atout considérable[79]. Rien de ceci ne serait illégal mais la personne ou la firme ayant les moyens d'acheter les services de ce lobbyiste obtiendrait un accès préférentiel aux titulaires de charges publiques. Ceci irait à l'encontre du principe d'égalité démocratique. Les critiques estiment que cela équivaut à la situation préférentielle des ex-fonctionnaires et justifie donc la divulgation.

L'appel à la divulgation de la participation aux conférences, tables rondes et autres activités similaires est tout aussi justifié que l'appel à la divulgation des allégeances politiques mais, comme nous le verrons, plus difficile à satisfaire. Après avoir examiné le récent bulletin du directeur intitulé « Communication avec un titulaire de charge publique fédérale », Démocratie en surveillance s'est élevée contre la suggestion que la « participation à des consultations, des audiences, des tables rondes ou autres activités du même genre » ne devrait pas être divulguée « si l'identité des participants, des organismes gouvernementaux représentés et des sujets discutés sont facilement accessibles par le public ». Selon cet organisme, ces activités ouvrent la porte à des possibilités de lobbyisme et devraient donc être divulguées[80]. Ce commentaire est légitime. Les conférences et autres réunions de même nature sont des lieux où les lobbyistes peuvent rencontrer des titulaires de charges publiques et tenter de les influencer. Le fait que les informations relatives à ces réunions soient publiques n'est pas une excuse suffisante. Certes, bon nombre de ces informations peuvent être trouvées,

essentiellement sur le Web, mais seulement après une recherche longue et difficile. En outre, les informations fournies sur les sites Web des conférences sont de qualité variable, dépendant des priorités et des perceptions des organisateurs.

Finalement, la demande que toutes les dépenses de lobbyisme soient divulguées a été formulée dès que des députés de l'arrière-banc ont commencé à réclamer la réglementation du lobbyisme. Ceux qui réclament cette divulgation soutiennent que le public devrait savoir jusqu'où certains intérêts sont prêts à aller, financièrement, pour obtenir des contrats publics ou, plus important encore, des changements importants dans les politiques publiques. Les politiciens ont fréquemment évoqué la possibilité d'obliger les lobbyistes à déclarer leurs honoraires, et ces derniers ont régulièrement répondu qu'il s'agit là d'informations privilégiées qui ne donnent de toute façon pas d'indication réelle des vrais coûts de l'entreprise de lobbyisme. Cette dernière remarque est plausible mais elle débouche naturellement sur l'idée que ces vrais coûts devraient donc être divulgués, ce qui suscite un autre dilemme. Une grande campagne de lobbyisme est une opération polyvalente entraînant des dépenses dans un éventail étonnamment large d'entreprises et d'organisations. Des sommes sont payées non seulement aux lobbyistes eux-mêmes, mais aussi à des firmes de sondage, à des agences publicitaires, à des avocats, à des comptables, à des organismes à but non lucratif, et même à des organismes de bienfaisance qui partagent la même cause. Si quelqu'un possède les compétences et informations dont dispose un juricomptable, il lui sera peut-être possible d'analyser l'effort global et de se faire une assez bonne idée de ce qu'il a pu coûter. Hélas, ce genre d'analyse coûterait extrêmement cher et les résultats ne seraient de toute façon communiqués au public et aux décideurs que longtemps après que les décisions ont été prises.

Cela dit, le lobbyisme déployé aujourd'hui pour n'importe quelle décision publique importante est tellement vaste que ses coûts mêmes

constituent en soi une question d'intérêt public. On peut certainement comprendre le citoyen qui pense que les entreprises prêtes à dépenser de vastes sommes pour obtenir des politiques publiques favorables s'attendent très probablement à recouvrer leur argent aux dépens du contribuable et du consommateur. Connaître les sommes consacrées à de telles campagnes informerait le public des enjeux en cause[81] et serait aussi le signal que la fonction publique et les groupes sociaux concernés devraient sans doute déployer des efforts comparables pour mettre de l'avant des solutions de rechange[82].

Parallèlement à ces demandes de divulgation d'informations additionnelles, Démocratie en surveillance a également proposé que les ministres et les hauts fonctionnaires soient tenus de divulguer leurs rencontres avec les lobbyistes et que, de manière générale, les fonctionnaires soient tenus de divulguer au commissaire à l'éthique les infractions aux règlements de lobbyisme et d'éthique. L'idée qu'il soit également interdit aux lobbyistes de travailler pour un ministère pendant qu'ils font du lobbying auprès de ses fonctionnaires peut également être considérée comme une question d'éthique. Finalement, Démocratie en surveillance a mis en lumière un problème qui trouble beaucoup les représentants des groupes d'intérêt public : le traitement incohérent et inégal des entreprises et des organismes à but non lucratif, notamment le fait que les associations sont astreintes à des normes de divulgation plus élevées que les entreprises. Des comités de la Chambre des communes se sont penchés sur la plupart de ces propositions. L'opinion des membres majoritaires de ces comités a été résumée par le Comité Zed et a déjà été citée dans la présente étude. Avec l'obsession de « transparence », dit le Comité, « l'attention portera forcément sur les aspects des activités de lobbyisme que nous ignorons et, dans la suite logique des choses, cela créera des attentes sur les éléments d'information qui devraient être divulgués »[83]. Le Comité a examiné ces demandes en fonction du critère suivant :

[Traduction]

> . . . l'information demandée aux lobbyistes est-elle vraiment nécessaire pour convaincre les Canadiens que l'activité du lobbyiste est compatible avec l'intérêt public, et pour aider les parlementaires à contrebalancer les efforts de lobbyistes individuels au moyen des efforts déployés au nom des Canadiens ordinaires[51]?

Cette question est examinée à la partie III de la présente étude.

2.3 Enquêtes

Comme nous l'avons vu, la première version de la *LEL* n'habilitait pas le directeur à faire des enquêtes. Des versions ultérieures ont autorisé la vérification des informations fournies et fait passer le délai de prescription de six mois à deux ans relativement aux poursuites entamées pour inobservation des exigences d'enregistrement. À l'heure actuelle, le directeur a le pouvoir, dans les délais fixés par la Loi, de vérifier les informations fournies et de se pencher sur d'éventuelles infractions à la Loi. Les infractions au *Code de déontologie des lobbyistes* peuvent faire l'objet d'enquêtes sans délai de prescription. Que le directeur vérifie les informations fournies ou mène une enquête sur une conduite régie par le Code, il est tenu, dans certaines circonstances, de faire rapport à d'autres autorités.

Aux termes de la deuxième version de la Loi, il y a eu plusieurs tentatives pour faire enquête. Dans un cas, le Bureau a envisagé d'entamer des poursuites. Après avoir examiné les dispositions des articles 5, 6 et 7 de la Loi disposant que le lobbyiste divulgue ses communications avec les titulaires d'une charge publique destinées à « tenter d'influencer » leurs décisions, il a cependant conclu ceci :

> [Traduction]
>
> . . . étant donné l'insuffisance de preuve que l'intéressé a effectivement tenté d'influencer certaines des décisions et que la probabilité d'inculpation est nulle, il n'y a pas lieu de porter d'accusations pénales...
>
> Comme l'accent est mis sur l'expression « tenter d'influencer », il faut être à même de démontrer hors de tout doute raisonnable, pour que l'issue des poursuites entamées en vertu des articles 5, 6 et 7 soit favorable, que l'intéressé a tenté d'influencer un titulaire d'une charge publique. Puisqu'il s'agit d'une accusation pénale, le fardeau de la preuve est extrêmement élevé, c'est-à-dire qu'il est analogue à la norme de preuve exigée relativement à l'infraction plus grave de trafic d'influence inscrite au *Code criminel*, si bien qu'il devient extrêmement difficile d'obtenir une condamnation en vertu de la *LEL*[33].

C'est par suite de cette évaluation qu'il a été décidé ultérieurement de supprimer de la Loi la notion de « tenter d'influencer » et d'évoquer plutôt la notion de communications « au sujet » de lois, politiques, etc.

À la suite de ces changements, le directeur semble posséder aujourd'hui des pouvoirs adéquats pour mener des enquêtes sur les infractions à la Loi et l'inobservation du *Code de déontologie des lobbyistes*. La question qui se pose est de savoir s'il en a les moyens.

2.4
Le problème des ressources

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le BDL a actuellement un effectif de sept employés, en plus du directeur. Des comités parlementaires successifs ont souligné l'efficacité avec laquelle le Bureau s'acquitte de ses responsabilités. Comme le rôle du directeur s'est

essentiellement borné, jusqu'à tout dernièrement, à tenir une liste des lobbyistes qui se sont volontairement enregistrés, ces louanges sont creuses et trompeuses. Il est vrai que le Bureau a réussi à mettre en place un système d'enregistrement électronique accessible. Environ 99 p. 100 des enregistrements se font par Internet. C'est la réalisation la plus importante du Bureau jusqu'à présent. Par contre, sa capacité de garantir le respect de la Loi est strictement limitée.

L'activité consistant à garantir l'observation de la Loi comporte plusieurs étapes. Par exemple, on pourrait s'attendre à ce que le directeur et les employés du Bureau s'efforcent assidûment de faire connaître le registre et de communiquer leur message aux fonctionnaires, à la communauté des lobbyistes et au grand public. En plus de créer la procédure d'enregistrement en ligne qui est actuellement en vigueur, on s'attendrait à ce que le Bureau vérifie les enregistrements, suive les informations publiées dans les médias pour obtenir des preuves d'inobservation, et fasse enquête sur les plaintes, ainsi que sur les allégations les plus sérieuses d'infraction à la Loi et au *Code de déontologie*. Bien entendu, ces activités viendraient s'ajouter à celles consistant à préparer des documents d'interprétation de la Loi et à faire des exposés périodiques devant des comités parlementaires.

Il est difficile de voir comment ces fonctions pourraient être bien exécutées avec le personnel dont dispose actuellement le Bureau. La plus récente mise à jour du registre a produit 3 700 enregistrements[10]. Même si la grande majorité des opérations de traitement des demandes d'enregistrement se font électroniquement, le personnel doit inévitablement répondre aux questions des lobbyistes qui cherchent à se familiariser avec les nouvelles exigences. Vérifier les enregistrements après coup peut prendre énormément de temps et suppose des communications entre les fonctionnaires et les lobbyistes au fur et à mesure que d'autres détails et diverses corrections sont demandés et fournis. On peut donc comprendre que les enquêtes qui sont ouvertes

sur des plaintes et d'autres questions — sans parler de la préparation des bulletins d'information et des avis consultatifs, qui est déjà une activité exigeant des recherches et des consultations — mettent les ressources du Bureau à rude épreuve.

Examinons par exemple les enquêtes concernant les plaintes. On trouve sur le site Web de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes (DEL) deux rapports décrivant les constatations du directeur au sujet d'allégations de non-enregistrement. Dans les deux cas, l'enquête du directeur a consisté essentiellement à avoir des entrevues avec les lobbyistes concernés, avec leurs clients et avec les ministres ayant eu des communications avec les lobbyistes. Afin de vérifier les déclarations faites au directeur, des recherches complémentaires ont été effectuées dans les dossiers publics. Il est impossible de dire, à la lecture de ces rapports, si le directeur aurait entrepris des investigations plus poussées s'il avait eu plus de ressources à sa disposition. On peut cependant soupçonner qu'il a fait ce qu'il pouvait avec les ressources dont il disposait[7].

Il n'est donc guère surprenant que la DEL n'ait pas réussi à respecter la promesse de la *LEL*, à savoir « d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui cherche à exercer une influence auprès (des) institutions » de l'État. On doit donc conclure que même si le directeur a maintenant le pouvoir juridique de faire respecter la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, le Bureau ne possède toujours pas la capacité de le faire.

2.5
L'indépendance du directeur

Depuis sa création, les détracteurs de la *LEL* soutiennent que le directeur devrait exercer ses fonctions tout à fait indépendamment du gouvernement au pouvoir. D'après eux, le fait de rattacher la DEL à un ministère fédéral compromet l'indépendance du directeur. La

nomination du directeur est sujette au bon vouloir des ministres, et le titulaire du poste, un fonctionnaire de carrière, peut faire l'objet de pressions de la part de certains hauts fonctionnaires, et peut-être se sentir intimidé face à la nécessité d'examiner la conduite d'un ministre. Les autres employés du Bureau sont tout aussi vulnérables. Le Bureau lui-même peut aussi faire l'objet de réductions budgétaires qui compromettraient son efficacité.

L'actuel directeur occupe le poste de sous-ministre adjoint au ministère de l'Industrie, de sorte qu'il est à présent plus haut placé dans la hiérarchie que ses prédécesseurs. Dans les postes qu'il a occupés antérieurement, ses responsabilités étaient surtout liées aux affaires générales du ministère. Il était chargé, entre autres, de surveiller l'observation du *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* au sein du ministère et de gérer la fonction de vérification interne, deux responsabilités analogues à ses fonctions actuelles mais qui, comme il le fait remarquer lui-même, ne lui ont pas permis d'avoir des rapports avec le milieu des lobbyistes. Depuis la nomination de Michael Nelson comme directeur en 2004, le poste est devenu un poste à plein temps. M. Nelson a donc abandonné les tâches générales qu'il exécutait précédemment au ministère, notamment en se retirant de l'équipe de direction. Ces mesures ont été prises afin d'établir « une séparation organisationnelle » entre le Bureau et les autres services d'Industrie Canada. Autrement dit, le Bureau doit entretenir les mêmes relations avec tous les ministères[29]. La séparation des fonctions a été poussée encore plus loin au sein du Bureau. Le directeur ne supervise pas lui-même l'étude des plaintes; le Bureau fait enquête sur les cas où l'on soupçonne une infraction au *Code de déontologie des lobbyistes* et lui transmet les renseignements dont il a besoin pour prendre une décision finale et préparer un rapport. Le directeur ne relève pas du ministère de l'Industrie mais plutôt du Parlement lui-même, et le ministre actuel a renoncé à toute autorité à l'égard du Bureau. On s'attend à ce que le budget du Bureau soit protégé et à ce que du personnel soit recruté.

Il est possible que ces changements récents portent fruit. Par contre, le fait que le directeur et le personnel du Bureau demeurent des fonctionnaires et que la Direction elle-même soit toujours attachée à un ministère continuera inévitablement à susciter des doutes chaque fois qu'il sera question d'instruire des plaintes concernant des hauts fonctionnaires ou des membres du Cabinet. Le directeur, quel qu'il soit, doit bien savoir qu'il est vulnérable à des pressions internes puisqu'il est membre de la fonction publique. Par exemple, on pourrait utiliser les primes de rendement pour sanctionner un directeur trop zélé. Encore une fois, tout au moins en théorie, un directeur faisant enquête sur les relations entre des lobbyistes et un collègue supérieur pourrait être exposé à un conflit d'intérêts.

2.6
Autres faiblesses

Nous venons d'examiner les principales faiblesses de la version actuelle de la Loi et de son administration. Toutefois, les critiques les plus sévères concernant la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* et le régime qui a été mis en place concernent plus des questions externes que les dispositions mêmes de la Loi. Dans l'ensemble, elles portent sur la situation générale plutôt que sur des carences évidentes de la Loi. Par exemple, on a conclu qu'une « culture du tout m'est dû » devait exister pour permettre l'expansion fulgurante du lobbyisme et la tendance à employer des techniques de lobbyisme illicites. Dans une telle culture, les titulaires de charges publiques sont préoccupés par l'étalage ostentatoire des signes matériels du succès et par la comparaison avec leurs homologues du secteur privé. C'est une culture dans laquelle l'intérêt personnel prime sur l'intérêt public. On a souvent évoqué aussi la politisation de la fonction publique et de la prise de décisions de routine. On a cité le problème de la porte tournante, qui est grave non seulement parce que les anciens titulaires de charges publiques peuvent ainsi exploiter leur connaissance des processus et leurs liens avec les hauts

fonctionnaires, dans l'intérêt de leurs clients, mais aussi parce que l'image publique de cette exploitation mine la confiance dans le gouvernement. Dans sa livraison du 24 mai 2005, *The Lobby Monitor* s'est penché sur l'impact que les scandales de lobbyisme peuvent avoir sur la démocratie, et il a tiré la conclusion suivante :

> [Traduction]
>
> . . . Il est évident que de nombreux acteurs du dossier des commandites n'avaient pas pris la peine de respecter les exigences de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*. Les moins charitables d'entre nous pourraient considérer que ces personnes n'étaient pas des lobbyistes et que ce qu'elles faisaient n'était pas du lobbyisme. Il s'agissait plutôt de trafic d'influence et de traficotage politique. Quoi qu'il en soit, cela ne change rien à l'exécution laxiste des lois régissant la divulgation ni à la nécessité d'intervenir pour éviter que de telles situations se reproduisent.

De fait, la meilleure façon de corriger bon nombre des faiblesses de la Loi et du régime instauré est de les envisager dans le contexte de l'ensemble des lois, politiques et programmes pertinents. Comme le régime actuel repose sur tout un système de règlements et de procédures dont il faut tenir compte si l'on entreprend une réforme, notre examen des solutions permettant de corriger les faiblesses actuelles de la *LEL* débutera par un bref aperçu de l'environnement législatif dans lequel s'inscrit la Loi.

2.7
Résumé : forces et faiblesses de la Loi

Cette analyse a montré que la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* contient d'importants éléments positifs, surtout depuis sa dernière révision. Toutefois, l'analyse a surtout porté sur les faiblesses actuelles, que l'on peut regrouper dans cinq catégories : 1) assurer l'exécution de la Loi; 2) donner des instructions claires aux lobbyistes et aux fonctionnaires;

3) établir un régime de divulgation adéquat; 4) faire enquête sur les infractions; et 5) assurer l'indépendance du directeur des lobbyistes.

Bien que l'analyse de ces faiblesses ait montré que certaines d'entre elles pourraient être le plus efficacement résolues en apportant des modifications à la Loi, elle porte aussi à conclure que la version actuelle de la *LEL* fournit un cadre efficace d'enregistrement, et même de réglementation, et que l'essentiel est maintenant de doter le Bureau des ressources nécessaires pour lui permettre de s'acquitter de ses tâches. Dans ce contexte, nous avons évoqué les difficultés engendrées par le fait que le directeur n'est pas indépendant du gouvernement, et nous proposons ci-après des changements législatifs pour régler ce problème. Cela dit, nous avons attiré l'attention sur le fait que le public et les fonctionnaires ignorent généralement les exigences de la Loi, ce qui permet de penser que la solution à ce problème se situe au niveau administratif. La même chose vaut pour les questions concernant les enquêtes en cas d'inobservation. On trouvera des précisions à ce sujet dans les pages qui suivent.

3 Solutions

Les affaires publiques seront conduites avec intégrité si :

- la société dans son ensemble s'attend à ce que les titulaires d'une charge publique et ceux qui traitent avec eux se conduisent avec honnêteté;

- cette notion fondamentale est renforcée par une culture au sein de la fonction publique, qui encourage tous les titulaires de charge publique à respecter la confiance dont le public les a investis et à se conformer aux normes déontologiques et professionnelles les plus rigoureuses possible;

- les citoyens ont la possibilité de savoir quelles activités se déroulent au sein du gouvernement, avec qui traite le gouvernement, et comment ces activités sont menées; et

- des institutions existent pour surveiller impartialement la conduite des affaires publiques et, s'il y a lieu, exiger le respect des normes déontologiques et professionnelles auxquelles s'attend le public.

Ces quatre éléments, qui sont interdépendants et se renforcent mutuellement, peuvent créer un environnement de probité. L'objet de cette étude n'est pas de déterminer s'il existe ou non un environnement de probité à Ottawa, mais de voir où se situe la *LEL* dans cet ensemble de forces culturelles, de lois et de politiques que supposent ces quatre éléments. Pour ce que nous voulons faire, l'élément primordial à retenir est le fait que la *LEL* fait partie d'un ensemble de lois, de politiques et de pratiques qui définissent des normes, imposent certaines procédures et prévoient la surveillance et le respect de ces dernières. L'une des plus importantes mesures faisant partie de cet ensemble est la *Loi sur la gestion des finances publiques* qui habilite le Conseil du Trésor à s'acquitter de ses responsabilités — à titre de responsable financier du gouvernement, en réglementant l'adjudication des contrats et des subventions et en imposant les procédures à suivre relatives à la gestion des deniers publics. Le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* établit les normes de conduite que doivent respecter les titulaires d'une charge publique, alors que le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* fait la même chose pour les élus et les personnes nommées par décret en conseil, les deux documents s'appuyant en outre sur le *Code criminel*. La *Loi électorale du Canada*, en déterminant l'appui que peuvent apporter les particuliers et les organismes aux candidats et aux partis politiques, vise à limiter l'influence que peuvent exercer les grands intérêts auprès des dirigeants politiques. La *Loi sur le vérificateur général*[20] et la *Loi sur l'accès à l'information* viennent renforcer cet ensemble complexe de règlements, comme le feraient également d'autres mesures qui ont été proposées, telles qu'une loi sur la protection des dénonciateurs. Aucune de ces mesures ne permet de sauvegarder intégralement les fonds publics ou de garantir l'intégrité de la conduite des affaires publiques,

mais elles traduisent notre désir d'un gouvernement intègre et, prises ensemble, contribuent à favoriser la conduite des affaires publiques avec honnêteté et transparence, comme le souhaite la société canadienne.

Par rapport à cet ensemble de règlements, le rôle de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* est modeste, mais en même temps essentiel. En l'absence de cette dernière, il serait difficile de connaître l'ampleur du problème de la « porte tournante », d'une part, et donc de savoir dans quelle mesure le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* atteint son objectif. De plus, si elle n'existait pas, les grands bailleurs de fonds et responsables importants des partis politiques ne seraient pas recensés dans la catégorie des lobbyistes, si bien qu'il serait difficile d'établir un lien entre le fonctionnement de nos partis politiques et l'exercice de l'influence. Ensemble, la *LEL* et notre loi électorale contribuent à nous éclairer sur cet aspect un peu trouble de la vie publique au Canada. Encore une fois, les dispositions de la *LEL* permettent d'opérationnaliser les règlements du Conseil du Trésor touchant l'adjudication des contrats en permettant de savoir, par exemple, dans quelles situations des lobbyistes ont pu toucher des honoraires conditionnels pour avoir aidé leurs clients à décrocher des contrats, en enfreignant ainsi les règlements du Conseil du Trésor.

À cet égard, il y a deux points importants à soulever. Premièrement, bien que modeste, la contribution qu'apporte la *LEL* à la réglementation de l'exercice de l'influence est utile. En conséquence, il convient d'éliminer les faiblesses de la Loi que nous avons décrites, non seulement en vue d'améliorer l'application d'une réglementation obscure, mais dans le cadre d'une démarche globale visant à créer un environnement de probité. Deuxièmement, la *LEL* ne devrait pas traduire des aspirations législatives qui dépassent le champ d'application qu'il convient de lui prévoir. Même si la Loi ne joue plus le rôle limité que lui ont conféré les premiers auteurs, et est en passe de devenir, pour reprendre les termes de Duff Conacher, une « Loi sur la divulgation du lobbyisme », il ne

convient pas d'y inscrire des dispositions qui forceraient le directeur à déterminer qui a le droit de se livrer à des activités de lobbyisme. L'objectif fondamental de la Loi consiste à recenser les lobbyistes et à divulguer la nature de leurs activités; il consiste aussi, quand certains cherchent à éviter de divulguer cette information, à examiner la situation et à ouvrir une enquête officielle. Si le directeur et le Bureau font bien ce travail, l'efficacité des autres lois, règlements et politiques qui prévoient le respect de normes professionnelles, la probité financière, des sanctions pour le trafic d'influence, et la surveillance des affaires publiques, n'en sera que plus grande.

Cela étant, nous pouvons maintenant reprendre l'examen des forces et faiblesses de la Loi et voir les différents moyens d'améliorer la Loi et son administration, de façon à permettre un contrôle plus efficace de l'exercice de l'influence.

3.1
Observation des règles

À la fin de notre examen des forces et faiblesses de la Loi, nous avons conclu que le défi le plus important qu'ont à relever le directeur et le Bureau des lobbyistes concerne les mesures à prendre pour faire observer la Loi. Il est trop tôt pour parler d'une tendance, mais certains indices portent à croire que les récentes modifications apportées à la *LEL* et au registre ont permis d'améliorer la situation. Parmi ces indices, notons la forte augmentation du nombre d'enregistrements et le fait qu'au moins un grand cabinet d'avocats prévient d'ores et déjà ses clients qu'il ne faut pas prendre à la légère les nouveaux règlements et les mesures de surveillance plus énergiques. Certaines données anecdotiques permettent également de penser que les lobbyistes salariés ou œuvrant pour une organisation ont commencé à comprendre qu'ils doivent s'enregistrer[30].

Si ces indices d'observation accrue sont réels, il est probable que ce changement d'attitude est d'abord et avant tout le fait des deux modifications apportées à la Loi. La décision de remplacer l'expression « tenter d'influencer » par les mots « communications au sujet de » a permis de préciser davantage la définition du lobbyisme. De même, les changements apportés au processus d'enregistrement visant les lobbyistes salariés travaillant pour les entreprises ont eu pour conséquence d'imposer de plus lourdes responsabilités aux cadres supérieurs, fait nouveau qui n'a pas échappé aux conseillers juridiques des entreprises.

Un certain nombre de changements ont également été apportés à la Direction de l'enregistrement des lobbyistes. Aiguillonné par l'image terne qu'avait acquise la Direction, et par la nécessité de s'attaquer au problème du manque de confiance créé par le scandale des commandites, le personnel de la Direction — qui s'appelle aujourd'hui le Bureau du directeur des lobbyistes (BDL) — a commencé à examiner les enregistrements de plus près et à diffuser de l'information sur le processus d'enregistrement. La récente enquête menée sur des lobbyistes accusés d'inobservation de la Loi a été fortement médiatisée et viendra certainement étayer les efforts déjà déployés[11].

Même si ces mesures semblent avoir entraîné une amélioration sensible du taux d'observation, il semble que ces dernières aient surtout influencé les lobbyistes-conseils et les représentants des grandes entreprises et des organismes à but non lucratif. Ce sont ces personnes qui constituent la communauté du lobbyisme centrée à Ottawa et dont il existe certaines petites colonies dans les autres grandes villes. Il est peu probable qu'une observation accrue parmi ceux qui font partie de ce milieu réussisse à réduire sensiblement l'inobservation involontaire. Il y aura toujours un certain nombre d'entrepreneurs et d'employés d'organismes à but non lucratif qui ne s'enregistreront pas parce qu'ils ignorent l'existence de cette obligation ou qu'ils ne croient pas que leurs

communications avec les titulaires d'une charge publique constituent du lobbyisme.

Il est douteux que d'autres modifications à la *LEL* ou aux codes et lois connexes permettent de régler ce problème. Il est préférable de s'y attaquer dans une optique éducative. Ce qu'il faut, c'est un programme de sensibilisation polyvalent visant, dans un premier temps, la fonction publique elle-même, ensuite l'ensemble de la communauté du lobbyisme, et finalement, grâce aux médias de masse, le grand public.

Le directeur s'est récemment mis en rapport avec un certain nombre de hauts fonctionnaires fédéraux pour offrir d'organiser des séances d'information à l'intention des cadres supérieurs. Voilà qui lance bien le travail de sensibilisation des fonctionnaires à la Loi et à ses exigences. Cette initiative devrait d'ailleurs déboucher sur l'inclusion automatique, dans les programmes de formation offerts par les organismes individuels et par l'École de la fonction publique du Canada, d'un module sur le lobbyisme. Ce module s'inscrirait particulièrement bien dans les différents cours sur l'éthique du secteur public et la prise de décision axée sur l'éthique. Les responsables ministériels de l'éthique seraient des champions naturels de ces cours. S'ils avaient la possibilité de suivre des cours avancés sur les questions liées au lobbyisme, ils seraient en mesure d'encourager l'élaboration de modules appropriés. Ils pourraient également être les ambassadeurs du BDL au sein des ministères.

En plus d'un programme de formation, les agents et autres titulaires d'une charge publique ont besoin d'une source d'information permanente concernant les exigences en matière d'enregistrement. Le site Web de la *LEL*[7] constitue l'une de ces sources d'information. Une page conçue spécifiquement à l'intention des agents de programmes serait néanmoins un ajout précieux. Cet espace pourrait servir à attirer leur attention sur des questions de concordance, comme celles que nous

avons évoquées précédemment. Comme la *LEL* n'est pas une loi qui vient tout de suite à l'esprit quand les fonctionnaires et les représentants des entreprises et organismes commencent à discuter de l'accessibilité des programmes, il serait également utile de s'assurer qu'il existe des hyperliens entre le site Web de la *LEL* et d'autres sites qui présentent des renseignements sur les programmes et sur les dispositions à prendre pour faire affaire avec le gouvernement fédéral. Comme nous l'avons noté ci-dessus, cette information est loin d'être facilement accessible lorsque l'on consulte des sites Web, comme celui de Contrats Canada ou du Conseil du Trésor. Ces sites devraient attirer l'attention des utilisateurs sur l'engagement du gouvernement à suivre des pratiques conformes à l'éthique, et sur les exigences officielles comme celles touchant le lobbyisme.

Enfin, il y aurait lieu de mettre plus d'information à la disposition à la fois des fonctionnaires et des lobbyistes potentiels. Les bulletins d'interprétation et les avis consultatifs affichés sur le site Web de la *LEL* constituent un bon début, mais quelques questions restent encore à préciser, notamment en ce qui concerne l'exemption accordée aux lobbyistes salariés relativement à la divulgation des communications touchant l'adjudication des contrats du gouvernement.

Étant donné la disponibilité des cours de formation et de ces différentes sources d'information, les agents de programmes vigilants voudront prendre soin de s'assurer que les entreprises et organismes avec lesquels ils traitent se conforment aux exigences de la Loi en matière d'enregistrement. En réalité, il conviendrait de pousser cette démarche un peu plus loin. La politique du Conseil du Trésor devrait systématiquement exiger que tous les titulaires d'une charge publique, hauts fonctionnaires, personnalités politiques et agents de programmes fassent le nécessaire pour savoir si les personnes qui communiquent avec eux sont des lobbyistes. Il s'agirait d'y arriver en leur posant une question directe à ce sujet et en vérifiant l'information grâce au registre.

Il est actuellement possible de vérifier un enregistrement par voie électronique, et il n'y a pas de raison pour qu'une telle pratique ne devienne pas courante. Si elle devenait habituelle, cette procédure aurait le grand avantage de sensibiliser les représentants des entreprises et organismes concernés à l'existence de la *LEL* et de les aider à déterminer s'ils doivent ou non s'enregistrer. Elle permettrait aussi de repérer les cas problématiques, qui pourraient alors faire l'objet d'un suivi par les employés du BDL.

L'établissement de politiques et de programmes d'éducation à l'intention des agents de programmes contribuerait grandement à réduire le niveau apparemment élevé d'inobservation involontaire. Cependant, il faut que les efforts de sensibilisation dépassent le cadre de la fonction publique et que non seulement le grand public, mais particulièrement les entreprises et les organismes qui traitent avec le gouvernement, puissent arriver à mieux connaître la *LEL* et ses exigences. Dans un premier temps, il s'agirait peut-être de faire participer la presse spécialisée — par exemple, *The Lobby Monitor* et *The Hill Times* — en y faisant publier des articles de fond sur différents aspects de l'enregistrement et de la réglementation du lobbyisme, pour ensuite prévoir la diffusion de cette information dans les bulletins d'organismes dont les membres s'intéressent tout particulièrement au lobbyisme. La Chambre de commerce du Canada, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante et la Société canadienne des directeurs d'association sont quelques-uns des organismes qui pourraient être mis à contribution[33]. Ces derniers et d'autres encore fourniraient une tribune aux niveaux national et régional pour la présentation d'exposés sur la question, créant ainsi un lien avec l'ensemble des médias pour la diffusion de cette information[34].

3.2
Évitement

L'établissement de programmes de sensibilisation à l'intention de segments clés de la fonction publique et des milieux appropriés au sein de la société en général constitue le meilleur moyen de s'attaquer au problème de l'inobservation involontaire, mais il faut une approche différente pour l'inobservation volontaire. D'aucuns pensent que la surveillance et la vérification récemment plus rigoureuses des enregistrements ont sans doute persuadé certains lobbyistes de s'enregistrer, mais une approche plus directe s'impose pour déceler les cas d'inobservation. À l'heure actuelle, c'est surtout les plaintes émanant d'organismes de surveillance ou de membres du milieu du lobbyisme qui permettent au BDL de connaître les cas d'inobservation. Cette information peut également être communiquée au BDL par des fonctionnaires. Les plaintes sont acheminées au personnel du Bureau pour examen et un rapport est ensuite préparé à l'intention du directeur, qui décide de l'opportunité pour le BDL ou d'autres autorités de prendre d'autres mesures.

Les suggestions susmentionnées, consistant notamment à encourager les agents de programmes à vérifier systématiquement les enregistrements des lobbyistes, pourraient aider le Bureau à repérer les cas d'inobservation. Autrement dit, si les titulaires d'une charge publique prévenaient régulièrement le Bureau d'incohérences observées dans les enregistrements, le personnel pourrait assurer le suivi nécessaire auprès des lobbyistes concernés. Démocratie en surveillance exhorte d'ailleurs le gouvernement à modifier le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* pour exiger que les agents publics signalent au directeur toute violation des règlements touchant le lobbyisme. C'est une bonne idée, qui pourrait être mise en œuvre simplement au moyen d'un mécanisme de rétroaction permettant de signaler la présence d'éventuelles incohérences dans le registre électronique.

Ceux qui pensent que des sanctions plus sévères favorisent l'observation de la Loi diront que l'on pourrait obtenir une meilleure observation en renforçant les sanctions applicables aux infractions à la Loi et au Code. Il n'est cependant pas évident que les sanctions actuelles aient un effet quelconque et il est plus probable que l'on obtiendra de meilleurs résultats en exerçant une surveillance plus étroite, en poursuivant plus vigoureusement les auteurs d'infractions au Code de déontologie, et en sensibilisant mieux le public.

Démocratie en surveillance a souligné l'absence de disposition anti-évitement dans la Loi, et on pourrait envisager d'y intégrer une disposition telle que l'article 246 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, l'expérience acquise avec cette disposition anti-évitement de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas encourageante : introduite en 1988, son interprétation et son application font continuellement l'objet de débats devant les tribunaux depuis cette date[7]. En vertu de l'article 246, le gouvernement est autorisé à calculer l'impôt dû par un contribuable sans tenir compte de la transaction d'évitement. Au fond, la pénalité pour une transaction d'évitement est que le gouvernement peut retenir l'avantage fiscal que celle-ci était censée produire. On voit mal comment une pénalité financière de même nature pourrait être imposée aux lobbyistes. Par conséquent, nous ne recommandons pas l'adoption d'une disposition anti-évitement.

Selon certains observateurs, le directeur devrait être autorisé à refuser ou à annuler l'enregistrement d'un lobbyiste si une enquête a révélé qu'il a contrevenu au *Code de déontologie des lobbyistes*. Dans certains cas, cette pénalité serait sévère. À l'heure actuelle, le directeur n'est pas explicitement habilité, en vertu de la Loi, à refuser un enregistrement. Si l'on voulait qu'il le soit, il faudrait adopter d'autres dispositions garantissant une procédure adéquate pour protéger les droits des lobbyistes faisant l'objet d'une enquête. En outre, ces dispositions exigeraient un appui administratif. Étant donné les ramifications légales

et administratives que pourrait avoir l'octroi de ce pouvoir additionnel au directeur, nous recommandons simplement que l'on poursuive l'étude de la proposition.

On peut envisager deux méthodes pour exploiter les comportements actuels liés aux sanctions afin d'encourager une meilleure observation de la Loi. La première concerne l'incitation à préserver la réputation du lobbyiste et se fonde sur l'obligation qui est actuellement faite au directeur d'adresser un rapport public au parlement sur toute enquête concernant des infractions au *Code de déontologie des lobbyistes*. À l'heure actuelle, les rapports du directeur sont limités aux enquêtes sur les infractions au Code. Les condamnations résultant des infractions à la Loi ne font pas l'objet de rapports au Parlement et pourraient ne pas être mentionnées dans le rapport annuel du directeur. Si l'on voulait donner plus de force à la publication des rapports d'enquête et des poursuites couronnées de succès, il faudrait modifier la Loi pour élargir la portée des informations devant figurer dans le rapport annuel au Parlement. En outre, tout nouvel enregistrement du lobbyiste concerné devrait être relié à ce rapport et à tout rapport adressé par le directeur au Parlement sur le fait que ce lobbyiste a enfreint le Code. Ceci exigerait une modification de la Loi pour autoriser le directeur à joindre cette information au dossier d'enregistrement.

La deuxième méthode nous ramène à une recommandation de longue date de plusieurs comités de la Chambre des communes voulant que la communauté des lobbyistes se dote d'une organisation professionnelle. L'Institut de relations gouvernementales du Canada a tenté de jouer ce rôle, mais il ne bénéficie pas d'un appui satisfaisant de la communauté des lobbyistes. L'heure est peut-être venue pour la Chambre des communes d'entreprendre sa propre enquête sur les pratiques de lobbyisme, sur les mesures disciplinaires que pourrait appliquer un organisme professionnel afin d'assurer des pratiques acceptables, et sur les moyens qui permettraient de convaincre la communauté des lobbyistes de se doter d'une organisation professionnelle efficace.

Cela dit, et aussi utiles que puissent être ces propositions, elles ne contribueront pas vraiment à résoudre le problème de fond concernant la capacité du Bureau de déceler les cas d'inobservation. Presque toutes imposeront du travail additionnel au Bureau dont les ressources en personnel, nous l'avons vu, sont dérisoires. Tant que l'on n'aura pas augmenté considérablement l'effectif du Bureau, l'inobservation — délibérée ou non — continuera. En conséquence, nous recommandons fermement que le budget et l'effectif du Bureau soient portés au niveau requis pour lui permettre d'exercer efficacement les tâches qui lui incombent au titre de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*.

3.3
Divulgation

Même si les critiques ont favorablement accueilli la récente expansion des exigences en matière de divulgation, afin que les lobbyistes soient désormais tenus d'indiquer les postes qu'ils ont occupés précédemment dans la fonction publique, ils sont toujours insatisfaits du fait que ces mêmes exigences ne visent pas les postes occupés au sein d'un parti politique.

Les partisans de l'égalité démocratique préconisent deux approches face à ce problème. Certains estiment que ce réseau d'obligation et d'influence devrait être complètement éliminé, et qu'on devrait interdire aux lobbyistes de participer à des activités politiques, et aux militants politiques de se livrer à des activités de lobbyisme. D'autres sont d'avis que le principe de transparence exige que les relations entre lobbyistes et titulaires d'une charge publique soient connues du public. Ils signalent que, même si une garantie de transparence dans ce domaine n'éliminera pas l'accès privilégié de certains aux politiciens, les titulaires d'une charge publique sauraient que l'existence de ces relations serait généralement connue et qu'ils devraient donc s'efforcer de garder leur indépendance vis-à-vis du lobbyiste et d'éviter d'accorder un traitement de faveur à ses clients.

La deuxième de ces deux propositions semble plus facile à mettre en pratique. En plus de la possibilité que la première solution proposée enfreigne certains droits civils fondamentaux, la nécessité de faire respecter une interdiction de ce genre engendrerait des problèmes complexes d'interprétation pour les représentants des partis et du registre, qui devraient déterminer quel degré d'activité politique, et quels postes ou charges au sein d'un parti, empêcheraient automatiquement une personne de se livrer à des activités de lobbyisme; quelles exemptions seraient prévues; et les moyens à prendre pour éviter le problème de l'inobservation volontaire. Il est douteux que la *LEI* soit l'outil législatif indiqué pour concrétiser cette approche, et il est absolument impensable que le BDL puisse le faire avec les ressources dont il dispose actuellement. Pour tous ces motifs, une approche axée sur la transparence semble plus intéressante, notamment parce qu'elle mettrait les adjoints politiques sur un pied d'égalité avec les anciens titulaires de charges publiques. Par contre, elle ne réglerait pas le problème de l'accès privilégié aux politiciens. Peut-être conviendrait-il, pour résoudre cette difficulté-là, d'incorporer dans la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* les dispositions de la *Loi électorale du Canada* touchant les questions financières[*], qui prévoient que la valeur du travail effectué bénévolement pour un parti ou un candidat politique soit estimée en fonction d'un barème réaliste et qu'elle fasse partie de la contribution annuelle que l'intéressé est autorisé à faire au parti. Il serait ainsi possible de limiter la contribution d'un particulier à un parti ou à un candidat et de briser la chaîne d'obligation et d'influence. En même temps, la *LEI* pourrait être modifiée pour exiger que soient divulgués les postes occupés dans le contexte de campagnes électorales et des courses à l'investiture ou à la direction des partis, de même qu'au sein des organisations locales, régionales, provinciales et nationales des partis.

Démocratie en surveillance a attiré l'attention du public sur les difficultés causées par certaines exemptions, notamment celle visant les lobbyistes

bénévoles, et estime que la divulgation des activités bénévoles devrait être plus poussée. Si, comme l'affirme Démocratie en surveillance, certaines grandes entreprises utilisent leurs anciens cadres comme lobbyistes bénévoles, on pourrait envisager d'obliger les bénévoles qui ont travaillé précédemment pour une entreprise ou une organisation à s'enregistrer et à divulguer la nature des postes qu'ils ont occupés. Si ces bénévoles sont ensuite récompensés, d'une manière ou d'une autre, pour leurs efforts, ils enfreignent les dispositions de la Loi et il conviendrait alors de faire enquête sur la nature de leurs activités et de leur infliger les sanctions appropriées.

Démocratie en surveillance a également demandé que les lobbyistes soient tenus de déclarer leur participation à des conférences ou autres activités qui, au moins en théorie, sont publiques. Il est douteux que l'on puisse avoir recours aux dispositions de la *LEL* en matière de divulgation pour atteindre cet objectif. S'il fallait essayer de dresser la liste des nombreuses réunions de cette nature et de tous leurs participants, on finirait peut-être par avoir une base de données absolument ingérable. Pour que cette information soit accessible, il faudrait peut-être envisager plutôt d'exiger que chaque organisme crée sur son site Web une section consacrée aux conférences, où le public pourrait accéder aux documents de toutes les conférences financées entièrement ou partiellement par les ministères. On pourrait également y prévoir des liens avec les sites des conférences auxquelles ont assisté les représentants de l'organisme[37].

La question de l'identification des coûts du lobbyisme est aussi importante que la campagne visant à obtenir que les agents politiques divulguent leurs liens avec les partis et les politiciens. Comme nous l'avons déjà indiqué, cependant, il est extrêmement difficile de calculer les coûts exacts d'une campagne de lobbyisme. Le dilemme auquel nous sommes confrontés est que, même si l'intérêt public exige une forme quelconque de divulgation, les renseignements nécessaires ne peuvent être obtenus

ni à un coût raisonnable, ni en temps opportun. Dans ce contexte, on ne peut que proposer que cette problématique fasse l'objet d'une étude en profondeur en vue de définir une procédure de divulgation permettant de rassembler des données réalistes et opportunes.

En conclusion, nous devons revenir à notre examen de la question de la divulgation. Le Comité Zed exagérait quand il disait qu'une bonne partie des conseils experts fournis par les lobbyistes est accessible à tout citoyen qui prend la peine de s'informer sur la chose gouvernementale et le processus d'élaboration des politiques[39]. La vérificatrice générale était plus proche de la vérité quand elle disait, dans son rapport de 2003, que les services des lobbyistes peuvent donner à leurs clients l'avantage de l'accès à des informations qui ne sont pas facilement accessibles, ce qui risque de compromettre l'intérêt public[40]. Dans cette étude, nous recommandons que l'on ajoute des éléments aux exigences de divulgation. Nous avons pris soin de ne pas recommander de mesures de divulgation qui produiraient des quantités d'informations ingérables. Conjugués aux exigences actuelles de divulgation, ces éléments additionnels donneraient aux observateurs éclairés des informations qu'ils pourraient utiliser pour aider le public et le législateur à savoir, comprendre et faire connaître le lobbyisme qui se pratique, et à quelles fins. C'est toujours par l'intermédiaire de tels observateurs que le public prend connaissance des fautes qui sont commises, et c'est aux médias et au grand public qu'il appartient de faire le nécessaire pour que ça se sache.

3.4
Le statut du directeur

Comme nous l'avons déjà constaté, le statut du directeur constitue un problème perpétuel. Les récentes modifications apportées à la *LEI*, prévoyant que le directeur relève directement du Parlement, y ont remédié en partie. De plus, l'actuel directeur a obtenu un degré d'indépendance supérieur à celui de ses prédécesseurs.

Ce sont des mesures importantes et, avec le temps, il est possible qu'elles garantissent au directeur et à son personnel un niveau d'autonomie correspondant à la nature des tâches qui leur sont attribuées. Par contre, la *LEL* charge le directeur et son personnel de remplir certaines fonctions qui ne peuvent manquer, à un moment donné, de compromettre la réputation politique d'un ministre, voire d'un gouvernement. S'il n'y a eu aucun embarras public de ce genre depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1989, c'est surtout en raison de l'inefficacité de ses dispositions initiales et des maigres ressources accordées au directeur et à la DEL. Après tout, il y a eu des scandales politiques depuis 1989 et, même si le lobbyisme a été un facteur dans bon nombre d'entre eux, la *LEL*, telle qu'elle a été conçue et appliquée, n'a guère permis d'atteindre l'objectif qui y est énoncé, soit de permettre « aux titulaires d'une charge publique et au public... de savoir qui cherche à exercer une influence auprès (des) institutions » (de l'État).

Malgré les améliorations apportées à la Loi et à son application, le directeur continue d'être un fonctionnaire et le Bureau fait partie de l'organe exécutif du gouvernement. En fin de compte, le directeur peut ainsi faire l'objet de pressions de la part de ministres et de hauts fonctionnaires, tout comme le Bureau demeure vulnérable à des décisions budgétaires, organisationnelles et de dotation qui peuvent, de façon plus ou moins subtile, compromettre gravement son efficacité.

L'alternative consisterait à prévoir que le directeur et la Direction relèvent du Parlement lui-même. Il s'agirait là d'une mesure importante. Certes, elle coûterait sans doute plus cher que la structure actuelle, même si le nombre d'employés exerçant des fonctions directement liées à l'enregistrement, à l'interprétation de la Loi et aux enquêtes restait le même, tout simplement parce que la Direction aurait besoin de services de soutien administratif qui sont actuellement fournis par son ministère de tutelle. En revanche, ces dépenses supplémentaires devraient être considérées comme le prix d'une autonomie réelle. La décision

d'engager ces dépenses serait beaucoup moins importante que celle d'assurer l'autonomie du directeur. Les questions à poser sont de savoir si l'autonomie garantirait la collecte de renseignements permettant aux Canadiens de saisir plus rapidement l'importance des activités de lobbyisme en cours, de rehausser l'observation de la Loi, et d'assurer une vérification, une surveillance et des enquêtes plus efficaces et plus opportunes relativement au lobbyisme.

La réponse à toutes ces questions est : « pas nécessairement ». En tant que création du Parlement lui-même, le directeur continuerait d'être négligé par les politiciens que l'instinct de confrontation amènerait sûrement à autoriser certaines formes de divulgation et certaines enquêtes, mais que le souci collectif d'autoconservation inciterait à d'autres moments à limiter la collecte d'informations et les enquêtes. Par exemple, qu'est-ce qui pourrait inciter un parti politique quelconque, au pouvoir ou dans l'Opposition, à soutenir avec enthousiasme la proposition voulant que le travail des personnes œuvrant bénévolement pour un parti politique soit considéré comme un don financier? Comme le Conseil du Trésor, les organes parlementaires peuvent restreindre les ressources, et ils peuvent aussi décider d'examiner et de réduire l'envergure du mandat d'un agent public.

Ceci dit, s'il peut être avantageux de conférer au Parlement un pouvoir de nomination et de réglementation, c'est surtout parce que l'organe législatif est une tribune libre. C'est un pôle d'attention médiatique qui possède une autorité que les organes de l'exécutif gouvernemental ne peuvent facilement nier. Malgré la propension des députés à garder secrets certains renseignements ou à protéger les privilèges dont jouissent leurs organisations politiques, la nature compétitive de la Chambre et son devoir fondamental de défendre l'intérêt public feront qu'elle finira par appuyer un organisme chargé de promouvoir la transparence et de vraiment permettre « aux titulaires d'une charge publique et au public. .. de savoir qui cherche à exercer une influence auprès (des)

institutions » (de l'État). Pour cette raison, il conviendrait que le directeur et la Direction soient placés sous l'autorité directe du Parlement.

3.5 Conclusion

La *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, qui fait partie d'un groupe de lois, de politiques et de pratiques établissant des normes de probité, imposant des procédures et prévoyant leur surveillance et leur exécution, contribue de manière utile mais modeste à la réglementation du lobbyisme. Son objectif essentiel est de définir le lobbyisme, d'expliquer sa nature et, en cas d'inobservation des règlements, d'autoriser des enquêtes et des poursuites formelles. En conséquence, si l'on veut en corriger les faiblesses, il faut envisager des améliorations contribuant à cet objectif central, tout en évitant de viser des objectifs législatifs dépassant sa portée. Notre postulat devrait être que, si la Loi permet d'atteindre efficacement les objectifs énoncés dans son préambule, les autres lois, règlements et politiques concernant les normes professionnelles, la probité financière, la répression du trafic d'influence et la surveillance des affaires publiques fonctionneront à leur tour de manière plus efficace.

Le problème de l'inobservation, surtout involontaire, a été un élément important de notre analyse des faiblesses du régime d'enregistrement et des recommandations proposées pour les corriger. Les entrevues effectuées pour cette étude portent à conclure que les récentes modifications apportées à la Loi, conjuguées à une surveillance plus rigoureuse des enregistrements par le BDL, ont eu un effet sur la communauté des lobbyistes basée à Ottawa, et que c'est dans cette communauté que l'on a constaté la majeure partie des progrès réalisés en matière d'observation des règles. En contrepartie, il y a encore beaucoup de gens d'affaires et d'employés d'organismes à but non lucratif qui ne font pas partie de cette communauté et qui ne connaissent pas encore bien la *LEL*.

Divers observateurs pensent que ce problème devrait être résolu au moyen d'un programme de sensibilisation à plusieurs facettes. Plusieurs propositions ont été formulées à cet égard, concernant par exemple un programme de formation des fonctionnaires, la diffusion d'informations meilleures et plus accessibles, et la participation des groupes d'affaires et des médias pour mieux informer le public sur les questions d'enregistrement. Toutefois, la formation des fonctionnaires et l'élargissement des informations portées à la connaissance du public devraient être renforcés par des politiques exigeant que les fonctionnaires soient plus attentifs au processus d'enregistrement et les obligeant à s'informer sur le statut de lobbyiste des personnes communiquant avec eux et, s'il y a lieu, à le signaler. Nous avons cependant constaté qu'il continuera à y avoir beaucoup d'inobservation des règles — volontaire ou non — tant que l'on n'aura pas considérablement augmenté l'effectif du Bureau. Celui-ci a besoin de personnel complémentaire, d'une part, pour vérifier les enregistrements, surveiller la conformité et faire enquête sur les cas d'inobservation et, d'autre part, pour entreprendre le programme de sensibilisation recommandé.

Plusieurs propositions ont été faites pour améliorer la divulgation bien que, de manière générale, le plus grand défi se situe ailleurs, c'est-à-dire dans l'octroi au BDL des ressources nécessaires pour administrer efficacement la Loi. En réponse à ceux qui estiment qu'il devrait être interdit aux agents politiques de faire du lobbyisme, on a répondu qu'une démarche plus efficace pourrait être d'exiger la divulgation des postes occupés dans les partis politiques et d'apporter aux règles de financement des élections des modifications en vertu desquelles le temps donné bénévolement à un parti politique serait équivalent aux contributions financières faites à la même cause. Une autre proposition en matière de divulgation concerne les emplois antérieurs des bénévoles et la participation des lobbyistes aux conférences.

Finalement, en ce qui concerne l'indépendance du directeur, la conclusion, que bon nombre d'autres observateurs ont également tirée, est que, comme celui-ci est à l'heure actuelle sujet aux pressions pouvant être exercées par des ministres ou des hauts fonctionnaires, et comme le Bureau est vulnérable à des décisions budgétaires, organisationnelles et de dotation pouvant, subtilement ou non, limiter considérablement son efficacité, le directeur et le Bureau devraient relever directement du Parlement lui-même.

La conclusion globale de cette étude est que la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, malgré les faiblesses qu'elle contient encore, offre la possibilité de contribuer efficacement à un dispositif réglementaire reflétant le désir des Canadiens d'assurer l'intégrité de leur gouvernement national. Toutefois, cela exige l'adoption de deux recommandations principales. Premièrement, le Parlement doit assurer l'indépendance du directeur et du Bureau en les plaçant sous sa responsabilité directe. Deuxièmement, le Parlement doit veiller à ce que le directeur et le Bureau possèdent les ressources administratives voulues pour s'acquitter des tâches qui leur incombent au titre de la Loi.

4 Recommandations

Deux recommandations principales découlent de cette conclusion.

- *Premièrement, le Parlement doit assurer l'indépendance du directeur et du Bureau du directeur des lobbyistes en les plaçant sous sa responsabilité directe.*

- *Deuxièmement, le Parlement doit veiller à ce que les ressources budgétaires et le personnel du Bureau soient portés au niveau nécessaire pour permettre au directeur et au Bureau de s'acquitter des tâches qui leur incombent au titre de la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes.*

Plusieurs autres recommandations sont formulées dans cette étude.

4.1
Observation des règles

Le problème de l'inobservation involontaire est essentiellement une question d'éducation. Un programme de sensibilisation devrait être mis en œuvre pour familiariser les fonctionnaires, les lobbyistes et le grand public avec les exigences de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* et des codes et règlements correspondants. Dans ce contexte :

- les agents d'éthique des ministères devraient suivre des cours détaillés sur les questions de lobbyisme et être encouragés à devenir les ambassadeurs du BDL dans leurs ministères respectifs;

- des modules sur le lobbyisme et la *LEL* devrait être inclus dans les programmes de formation offerts par les organismes de l'État et par l'École de la fonction publique du Canada;

- le site Web du BDL devrait être amélioré, notamment en y incluant une page spécialement destinée à informer les agents de programmes sur les exigences de la *LEL* et sur les exigences correspondantes du Conseil du Trésor et des autres organismes de l'État;

- des liens devraient figurer sur le site Web du BDL menant aux autres sites susceptibles de fournir au public des informations sur les programmes et sur la réalisation de transactions avec le gouvernement fédéral;

- les informations mises à la disposition des fonctionnaires et des lobbyistes potentiels devraient être améliorées, notamment au moyen de nouveaux bulletins d'interprétation et d'avis consultatifs;

- le directeur devrait aller au-delà de la fonction publique, pour faire connaître les dispositions et exigences de la *LEL* au grand public, notamment aux entreprises et aux organismes qui ont affaire au gouvernement; il devrait notamment encourager la presse spécialisée et les publications et organisations dont les membres s'intéressent au lobbyisme à publier des articles sur les divers aspects de l'enregistrement et de la réglementation des lobbyistes;

- dans le cadre de cette initiative, il devrait prononcer des conférences à l'intention des associations d'entreprises et autres organisations dont les membres peuvent être intéressés par le lobbyisme.

4.2 Évitement

En plus d'encourager les mesures prises récemment en faveur d'une surveillance, d'une vérification et d'enquêtes plus agressives par le BDL, l'auteur recommande :

- que le Conseil du Trésor adopte une politique exigeant que tous les titulaires de charges publiques, hauts fonctionnaires, agents politiques et agents de programmes se renseignent systématiquement sur l'enregistrement comme lobbyistes des personnes communiquant avec eux et sur le statut des activités faisant l'objet de leurs communications;

- qu'il soit exigé, dans cette politique, que les titulaires de charges publiques informent le Bureau du directeur des lobbyistes s'ils constatent des problèmes en matière d'enregistrement;

- que l'on modifie la *LEL* pour permettre au directeur de fournir plus d'informations dans son rapport annuel au Parlement;

- quand une enquête du directeur a confirmé qu'un lobbyiste a contrevenu à la Loi ou au Code et que cela a fait l'objet d'un rapport au Parlement, que le dossier de tout enregistrement futur de ce lobbyiste sur le site Web du BDL soit accompagné d'un lien menant à ce rapport;

- que l'on poursuive l'étude de la proposition consistant à octroyer au directeur le pouvoir explicite de refuser ou d'annuler un enregistrement, étant donné ses ramifications juridiques et administratives éventuelles;

- que la Chambre des communes entreprenne une enquête sur les pratiques de lobbyisme, sur les mesures disciplinaires pouvant être

appliquées par un organisme professionnel pour s'assurer que les pratiques des lobbyistes sont acceptables, et sur les moyens pouvant être utilisés pour convaincre la communauté des lobbyistes de se doter d'une organisation professionnelle efficace.

4.3
Divulgation

- Que la *LEL* soit modifiée pour exiger la divulgation des postes occupés dans les partis politiques dans le cadre de campagnes électorales, de courses à l'investiture et de courses à la direction, ainsi que dans les organisations locales, régionales, provinciales et nationales des partis politiques;

- que la *Loi électorale du Canada* soit modifiée pour que la valeur du travail fourni par un bénévole à un parti politique ou à un candidat soit évaluée de manière réaliste et soit incluse dans la contribution annuelle qu'il est autorisé à faire à ce parti;

- que les lobbyistes bénévoles qui ont auparavant occupé un emploi dans une firme ou une organisation dans l'intérêt de laquelle ils communiquent avec des titulaires de charges publiques soient tenus de divulguer la nature de cet emploi;

- que les organismes de l'État soient tenus de produire des sites Web sur toutes les conférences et autres activités semblables qu'ils ont appuyées, en tout ou en partie. Ces sites devraient renfermer des liens menant aux sites des conférences auxquelles assistent les représentants de ces organismes;

- que le BDL entreprenne une étude sur l'élaboration d'une procédure de divulgation permettant d'obtenir des informations réalistes et opportunes sur le coût des activités de lobbyisme.

Annexe :
Mandat, méthode et remerciements

La présente étude a été commandée pour examiner les questions suivantes : 1) l'indépendance du directeur; 2) les pouvoirs d'enquête du directeur; 3) le délai de prescription applicable aux poursuites; 4) la nécessité de fournir au Parlement des renseignements plus pertinents au sujet des activités de lobbyisme; et 5) la nécessité de prévoir des sanctions plus énergiques.

Vu le peu de temps accordé pour l'étude — environ six semaines — il a été convenu qu'aucune nouvelle recherche de grande envergure ne serait menée et que le délai imparti était insuffisant pour effectuer une comparaison exhaustive des différents modèles de réglementation des lobbyistes. En conséquence, la recherche a surtout porté sur les récentes modifications apportées à la Loi proprement dite et sur son application. Des entrevues ont été menées à Ottawa et par téléphone avec le directeur et son personnel, ainsi qu'avec un petit nombre d'observateurs bien informés. De plus, nous avons consulté beaucoup de sites Web, dont certains ont été suggérés par les répondants.

L'auteur remercie sincèrement toutes les personnes qui l'ont aidé à réaliser cette étude, notamment le directeur et son personnel. John Chenier, rédacteur en chef et éditeur de *The Lobby Monitor*, a généreusement partagé sa vaste connaissance du lobbyisme. Sean Moore, comme toujours, a été d'excellent conseil, avec patience et bonne humeur. À la Commission d'enquête, Donald Savoie, directeur de recherche, a facilité l'organisation des entrevues et a reçu les ébauches de l'étude, un chapitre à la fois. Je tiens à remercier en particulier Anne Hooper, bibliothécaire de la Commission, pour les efforts efficaces et déterminés qu'elle a déployés pour répondre à mes demandes d'information, et Laura Snowball, conseillère juridique, pour les indications lucides et précises qu'elle m'a fournies quand j'ai tenté de

comprendre les implications de certaines dispositions de la Loi et les ramifications juridiques de certaines propositions de réforme. Si toutes ces personnes ont échoué dans leurs efforts pour m'aider à « bien faire », c'est uniquement de ma faute.

Notes en fin de texte

[1] *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, originellement 35-36-37 Elizabeth II ch. 53, puis L.R. 1985, ch. 44 (4e suppl.).

[2] La version officieuse de la Loi actuelle se trouve sur le site Web de la Direction de l'enregistrement des lobbyistes (http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inlobbyist-lobbyiste.nsf/en/nx00101e.html). La Loi actuelle est une codification de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R. 1985, ch. 44 (4e supplément), *La Loi modifiant la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 12, 25 juillet 1995, 31 janvier 1996, et autres modifications résultant du projet de Loi C-15, entrée en vigueur le 11 juin 2003; et *La Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (Commissaire à l'éthique et conseiller sénatorial en éthique) et certaines lois en conséquence*, projet de Loi C-4, qui est entrée en vigueur le 17 mai 2004.

[3] Un débat sur la réglementation du lobbyisme qui revenait régulièrement se déroulait depuis la fin des années 1960, puisqu'un groupe de simples députés des partis libéral, progressiste-conservateur et néo-démocrate avait déposé à la Chambre des communes 19 projets de loi d'initiative parlementaire sur la question. La déclaration de 1985 de M. Mulroney, qui avait affirmé que le temps était venu de surveiller les activités de lobbyisme et de contrôler le processus entourant ces activités en créant une source d'information fiable et juste sur les activités des lobbyistes, a suscité la préparation d'un document de discussion (Consommation et Corporations Canada, *Le lobbying et l'enregistrement des lobbyistes payés*, [Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1985]) utilisé par le Comité permanent des élections, des privilèges et de la procédure de la Chambre des communes comme point de départ pour les audiences qu'a tenues ce dernier sur la question. (Voir le *Premier rapport à la Chambre* du Comité, *Procès-verbaux et témoignages* 1/33, 1985-1986, 1:26. Chambre des communes. Comité permanent des élections, des privilèges et des procédures, et le *Premier rapport à la Chambre concernant les lobbyistes et l'enregistrement des lobbyistes payés*, *Procès-verbaux et témoignages*, 2/33, 1986-1987, 2:21.) Un compte rendu du débat au sujet du lobbyisme, du début jusqu'en 1989, est présenté dans A. Paul Pross, *The Rise of the Lobbying Issue in Canada: The Business Card Bill*, dans Grant Jordan, *The Commercial Lobbyists* (Aberdeen: Aberdeen University Press, 1991), p. 76-95.

[4] *Notes pour l'allocution prononcée par l'honorable Harvie André, ministre de la Consommation et des Corporations Canada... lors d'une conférence de presse tenue au sujet du projet de Loi sur le lobbying* (Ottawa : CCAC, miméographié, 30 juin 1987).

[5] André, *Notes pour une allocution*. Le Comité s'est rendu à Washington et à Sacramento, où il a tenu des discussions avec des représentants du gouvernement fédéral et de l'État de Californie, ainsi qu'avec des lobbyistes et des législateurs, au sujet des règlements du gouvernement fédéral et de l'État de Californie visant les lobbyistes, et a pris bonne note des difficultés qui peuvent surgir lorsque le système d'enregistrement exige que les lobbyistes fournissent trop d'information. Leur conviction qu'une surabondance d'informations élimine toute possibilité d'analyse est partagée par tous ceux qui ont pris part à des révisions ultérieures de la Loi.

[6] Le « titulaire d'une charge publique » est défini à l'alinéa 2 *f*) de la Loi comme étant un « agent ou employé de Sa Majesté du Chef du Canada », définition qui comprend les parlementaires et leur personnel, les personnes nommées à des organismes par le gouverneur en conseil (sauf les juges), les administrateurs, dirigeants et employés de tout office fédéral, au sens de la *Loi sur les cours fédérales*, et les membres des Forces armées et de la GRC. On doit cependant se garder d'en conclure que cette définition est utilisée dans les codes d'éthique s'appliquant au gouvernement fédéral. Ainsi, dans le *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat*, qui est administré par le commissaire à l'éthique, le titulaire d'une charge

publique comprend les personnes nommées par le gouverneur en conseil, les ministres et ceux de leurs employés qui ne sont pas des fonctionnaires, les lieutenants gouverneurs, les juges, les agents de la GRC (sauf le commissaire), et certaines autres personnes désignées. Le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*, qui est administré par le Conseil du Trésor, ne s'applique pas aux titulaires de charges publiques selon la définition du *Code régissant les conflits d'intérêts*. Il s'applique aux fonctionnaires travaillant dans les ministères et organismes touchés par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, et aux personnes qui travaillent à contrat et sont considérées, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, être des employés du gouvernement. Autrement dit, la portée de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* est très vaste, englobant quiconque peut être considéré comme un employé du gouvernement fédéral.

Les recommandations du Comité permanent des élections, des privilèges et de la procédure avaient été plus rigoureuses. Ce dernier avait suggéré que les personnes qui se livrent à des activités de lobbyisme « indirectes » telles que la recherche de correspondance, la publicité et la multidiffusion, devraient être tenues de s'enregistrer; que les organismes à but non lucratif fournissent autant de renseignements que les lobbyistes-conseils; que les frais proportionnels aux résultats soient interdits; que le directeur ait des pouvoirs d'enquête appropriés; et que les sanctions prévues soient de nature à convaincre les lobbyistes que l'observation de la Loi est un objectif souhaitable et nécessaire. Voir le *Premier rapport à la Chambre concernant les lobbyistes et l'enregistrement des lobbyistes payés*, *Procès-verbaux et témoignages*, *2/33*, 1986-1987, 2, 21.

[8] Public Affairs International (PAI), l'un des principaux cabinets de lobbyistes, avait laissé entendre que les connaissances du lobbyiste sont éventuellement mises à contribution de trois façons différentes : par la défense des intérêts du client auprès du gouvernement, par la fourniture d'un service de rapprochement, ou encore par la « cartographie » du processus de décision. La représentation est la plus connue de ces activités et elle consiste à expliquer les besoins et opinions de certains groupes ou intérêts aux fonctionnaires, aux élus, et parfois au grand public. Le service de rapprochement permet aux clients d'avoir des contacts avec des fonctionnaires appropriés et d'obtenir des conseils sur la meilleure façon de faire valoir leurs arguments. Les services de rapprochement permettent aux clients d'élaborer une stratégie d'exécution qui englobe l'ensemble du processus décisionnel, les conseils à fournir étant définis en fonction de la mesure dans laquelle l'établissement connaît la structure et le personnel des organismes concernés et de sa capacité de se tenir au courant de changements qui interviennent au niveau du processus décisionnel et des procédures réglementaires. PAI et d'autres lobbyistes avaient fait valoir que les services de « recherche de correspondance » et de rapprochement ne devraient pas être visés par la Loi, étant donné qu'il s'agissait simplement de conseiller les clients au sujet de leurs stratégies de lobbying. Les détracteurs de cette position ont soutenu qu'en rassemblant des renseignements à l'intention de leurs clients, les lobbyistes étaient à même d'influencer les fonctionnaires.

[9] Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur le projet de loi C-43, Loi modifiant la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes et d'autres modifications en conséquence du Comité permanent de l'industrie*. Voir particulièrement le Fascicule 20, qui contient son rapport.

[10] Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la consommation, des affaires commerciales et de l'administration gouvernementale*, Fascicule 61, juin 1993, p. 1. Ce fascicule contenait le 9e rapport du Comité, intitulé *Plan directeur pour assurer la transparence : Examen de la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*. Le titre abrégé *Plan directeur pour assurer la transparence* est utilisé dans les notes ultérieures.

[11] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 1.

[12] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 15.

[13] Ainsi, les lobbyistes-conseils et les lobbyistes salariés seraient tenus de déclarer les noms des filiales des employeurs susceptibles de bénéficier d'une activité de lobbyisme, et de fournir une description générale des activités commerciales des entreprises les utilisant (*Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 38-39).

[14] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 34.

[15] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 1.

[1] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 18.

[2] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 17; *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 21.

[3] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 16.

[4] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 24.

[5] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 1.

[6] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 23.

[7] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 24.

[8] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 25. Ceci ne traite pas de la possibilité que des consultations puissent être provoquées par la collusion entre fonctionnaires et lobbyistes.

[9] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 19.

[10] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 15.

[11] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 30.

[12] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 30.

[13] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 31. Voir aussi les annexes A et B.

[14] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 34-35.

[15] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 47-48.

[16] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 51.

[17] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 35.

[18] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 35-36.

[19] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 41.

[20] Même si l'ouvrage le plus connu sur cette question, celui de Stevie Cameron intitulé *On the Take: Crime, Corruption and Greed in the Mulroney Years* [Toronto : Macfarlane, Walter and Ross], a été publié en 1994, ses observations et celles d'autres journalistes avaient fait ressortir le thème de la corruption et du lobbyisme pendant de nombreux mois avant les élections de 1993. Comme John Crosbie l'a déclaré avec amertume, les organisateurs de la campagne de réélection du Parti conservateur ont eu peur en voyant les sondages et étaient convaincus que l'héritage de Brian Mulroney constituerait un handicap durant la campagne électorale et que le bilan de son gouvernement ouvrirait la voie à un échec électoral. (*No Holds Barred: My Life in Politics* [Toronto : McClelland and Stewart, 1997] p. 259-260.)

[21] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 45.

[22] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 45.

[23] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 46.

[24] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 47.

[25] *Plan directeur pour assurer la transparence*, p. 2, et *passim*.

[26] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 52.

[27] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 54.

[28] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 55.

[29] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 55.

[30] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 55-56.

[31] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 56.

[32] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 56.

[44] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 57.

[45] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 59.

[46] Direction de l'enregistrement des lobbyistes. *Nouveaux règlements (juin 2005)* « Information générale » à l'adresse suivante : http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inlobbyist-lobbyiste.nsf/fr/nx00105f.html en date du 26 août 2005, p.1/2.

[47] Règlement modifiant le Règlement sur l'enregistrement des lobbyistes, *Gazette du Canada*, vol. 138, n° 51 (18 décembre 2004), p. 1/16.

[48] En vertu du paragraphe 7(1) de la *LEI*, les organismes sont tenus d'enregistrer ceux de leurs employés qui consacrent une partie importante de leur temps à communiquer avec des titulaires de charges publiques concernant des lois, des politiques ou des subventions, contrats et contributions. Le seuil est franchi quand un employé consacre au moins 20 p. 100 de son temps au lobbyisme ou lorsque plusieurs employés exercent des activités qui « constitueraient au total une partie importante de celles d'un seul employé ».

[49] *Gazette du Canada* 138/ 51 p. 3/16.

[50] *Gazette du Canada* 138/ 51 p. 3/16.

[51] *LEI*, s. 10.4.

[52] *LEI*, s. 5(2)(h.1).

[53] *LEI*, s. 5 (1.1).

[54] Dans le préambule et les parties portant sur la divulgation.

[55] Par exemple, dans les dispositions clarifiant les fonctions d'enquête du directeur et de la police.

[56] L'intérêt considérable suscité dans les médias et les milieux politiques par la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* à l'automne de 2005 a amené le gouvernement et les partis d'opposition à proposer des modifications à la Loi au moment où les parties II et III de cette étude étaient rédigées. Quelques modifications administratives ont également été proposées. Comme l'ébauche de cette étude devait être présentée début octobre et qu'il n'était pas possible d'y apporter de révisions importantes après cette date, l'auteur a décidé de ne pas se pencher sur les événements intervenus après le 1er novembre 2005.

[57] Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, *Audiences publiques*, vol. 110, p. 20193.

[58] Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, *Audiences publiques*, vol. 96, p. 17136.

[59] Pour vérifier cette affirmation, le registre a été consulté à la mi-octobre 2005 pour voir si cinq des grandes universités du pays étaient enregistrées. Une seule avait enregistré son président et ses principaux dirigeants dont une partie importante des fonctions consiste à communiquer avec le gouvernement fédéral. Seulement trois organisations nationales de protection de l'environnement semblent s'être enregistrées. Il est plus difficile de vérifier l'enregistrement d'entreprises.

[60] « Dingwall at centre of probe into lobby payments », *Globe and Mail*, 25 sept. 2005, A1 et A9.

[61] KPMG Consulting. *Étude sur l'observation de la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes. Rapport final.* (Préparée pour le Bureau du conseiller en éthique, Ottawa, le 14 septembre 2001) p. 1.

[62] KPMG, *Étude sur l'observation*, p. 1.

[63] On trouvera une discussion utile de la question des honoraires conditionnels dans la livraison du 5 octobre 2005 de *The Lobby Monitor*, vol. 16, n° 19.

[64] Ces questions sont examinées dans Paul Pross et Kernaghan R. Webb, *Embedded Regulation: Advocacy and the Federal Regulation of Public Interest Groups*, dans Kathy L. Brock (sous la dir. de), *Delicate Dances: Public Policy and the Nonprofit Sector* (Kingston, Ont. Queen's University, School of Policy Studies, Public Policy and the Third Sector Series, 2003).

[97] Al. 7(1)*b*). La règle des 20 p. 100 est explicitée dans un bulletin d'interprétation du BDL intitulé *Une partie importante des fonctions*.

[98] Communications personnelles, 4 octobre 2005. Je remercie les fonctionnaires de Travaux publics Canada qui m'ont donné un résumé des mesures que prend le ministère pour éduquer son personnel sur les questions de lobbyisme.

[99] Vérificateur général du Canada, *Rapport* (Ottawa, novembre 2003), ch. 2 : La reddition de comptes et l'éthique au gouvernement, par. 2.82.

[100] Les références au site Web ne tiennent pas compte des changements qui ont pu y être apportés depuis le 1er novembre 2005.

[101] On dit simplement sur le site Web (http://contratscanada.gc.ca/fr/busin-f.htm) que l'attribution des marchés doit « respecter les critères de l'examen public, favoriser l'accès, encourager la concurrence et assurer l'équité », et la seule référence au lobbyisme dans l'énoncé de politique du Conseil du Trésor sur l'attribution des marchés concerne l'interdiction des honoraires conditionnels.

[102] Courriel de M. Murphy à P. Pross, 7 octobre 2005.

[103] Les premiers rapports annuels du directeur soulignent un nombre considérable de demandes de renseignements par téléphone sur le mécanisme d'enregistrement et sur les exigences de la Loi.

[104] Voir Direction de l'enregistrement des lobbyistes, *Rapport annuel de 1995-1996*, ch. 5.

[105] *The Lobby Monitor* du 29 mars 2005 indiquait par exemple que l'Institut de relations gouvernementales du Canada, qui représente la communauté professionnelle des lobbyistes, insistait pour obtenir plus d'interprétations, notamment au sujet des nouvelles exigences de divulgation concernant les emplois antérieurs dans le secteur public et la théorie plus stricte des communications avec les titulaires de charges publiques. Cette théorie plus stricte a eu un impact sur les activités de « cartographie des processus de décision » qui, selon un lobbyiste, constituent « le gros » du lobbyisme pratiqué à Ottawa. Il est fréquent qu'un lobbyiste sollicitant des renseignements sur des politiques ou des contrats insère dans sa requête des questions visant à obtenir des indices sur l'orientation future des politiques (Que pense le gouvernement de . . . ? ou Le gouvernement a-t-il pensé à . . . ?). Lorsque la requête porte sur des questions très délicates, le lobbyiste prudent s'enregistrera d'office. Toutefois, tous ne le font pas et il est certain qu'il faudra finalement de nouveaux bulletins d'interprétation sur ces questions. Le 18 octobre 2005, les bulletins figurant sur le site Web de la *LEL* portaient sur le sens d'expressions telles que « une partie importante des fonctions » des lobbyistes salariés, « communiquer avec un titulaire de charge publique », et la divulgation des emplois antérieurs dans le secteur public. Il y avait aussi des avis consultatifs pour les personnes s'intéressant au rôle des membres du conseil d'administration et aux exigences d'enregistrement des membres du monde universitaire.

[106] Communication personnelle de M. Nelson, directeur des lobbyistes, à P. Pross, 1er novembre 2005.

[107] Bien que cette description soit hypothétique, Beryl Wajsman a précisément décrit une telle situation dans son témoignage devant la Commission. Voir Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, *Audiences publiques*, vol. 119 (13 mai 2005).

[108] Démocratie en surveillance, Federal lobbying law still has loopholes and the enforcer of the *Lobbyists Code of Conduct* still lacks needed independence and resources, lettre de Duff Conacher au *Hill Times*, 4 juillet 2005. Voir aussi : http://www.dwatch.ca/camp/OpEdJul0405.html.

[109] John Chenier, éditeur de *The Lobby Monitor*, a indiqué dans son témoignage devant le Comité permanent de la Chambre des communes de l'industrie, des sciences et de la technologie, que l'on commence à voir dans les lois des États américains « un élément d'identification des dépenses consacrées aux campagnes de lobbyisme de façon à pouvoir se faire une idée de l'intensité des campagnes et des personnes y participant » (*Procès-verbal et témoignages*, 24 avril 2005). *The Lobby Monitor* publie souvent des informations sur le lobbyisme aux États-Unis. On trouvait dans sa livraison d'octobre 2003 un commentaire sur une étude du Annenburg Public Policy Center de l'université de Pennsylvanie consacrée aux lobbyisme. On y indiquait que les lobbies avaient consacré 105 millions de dollars en 2001 et 2002

dans la seule région de Washington, D.C., pour faire de la publicité sur des questions dont le président et le Congrès étaient saisis. Onze organisations étaient à l'origine de 40 p. 100 de cette somme. En plus d'attirer l'attention sur les organisations dépensant beaucoup, les auteurs de l'étude ont trouvé une corrélation entre les grosses dépenses publicitaires et le succès en matière de politiques. Ils disent que « les organisations qui dépensent régulièrement de grosses sommes pour influencer les politiques publiques causent peut-être plus d'inquiétude que celles qui dépensent à l'occasion une grosse somme, parce que cela pourrait indiquer qu'une petite frange du public exerce continuellement plus d'influence sur les politiques publiques », *The Lobby Monitor* 15 (29 octobre 2003) 1, p. 6 et 7.

[41] Cette question, comme l'argument voulant que les groupes d'intérêt public fassent l'objet de discrimination dans la *LEL*, repose sur une préoccupation qu'ils expriment depuis plusieurs années. Il s'agit du fait que les entreprises commerciales peuvent traiter leurs dépenses de lobbyisme comme des dépenses commerciales légitimes. Comme ces dépenses réduisent leurs impôts, le public finit par payer indirectement une partie de leur lobbyisme auprès du gouvernement, ce que les groupes d'intérêt public trouvent choquant pour plusieurs raisons. Premièrement, ces groupes sont obligés de déclarer les sommes qu'ils reçoivent du gouvernement. Deuxièmement, les organismes de bienfaisance — qui constituent une grande proportion des groupes d'intérêt public actifs au Canada — sont soumis à une réglementation rigoureuse de leurs dépenses de lobbyisme. Quelle que soit la valeur de sa cause, aucun organisme de bienfaisance n'est autorisé à consacrer plus de 10 p. 100 de son revenu annuel au lobbyisme. En outre, des règlements encore plus rigoureux interdisent les activités politiques partisanes et certaines formes de promotion des politiques publiques. Troisièmement, la capacité de collecte de fonds des entreprises est largement supérieure à celle des groupes d'intérêt public. Bon nombre de ces groupes se sont enregistrés comme organisme de bienfaisance à cause de l'avantage fiscal qui est offert à leurs donateurs. Ceux qui ont choisi de rester des organismes à but non lucratif pour éviter les restrictions imposées aux organismes de bienfaisance constatent que leur appui financier émanant du public est très limité. En bref, aucun groupe n'a les ressources nécessaires pour contester le lobbyisme des entreprises sur un quelconque pied d'égalité ou, dans bien des cas, n'est autorisé à le faire.

[42] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 19.

[43] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 20, 18.

[44] Lettre adressée par Diane Champagne-Paul, directrice des lobbyistes, à Richard Dupuis, greffier du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, 30 avril 2001.

[45] Communication personnelle de Michael Nelson, directeur des lobbyistes, avec P. Pross, 1er novembre 2005.

[46] Les tentatives faites pour entrer en contact avec Mme Champagne-Paul n'ont pas abouti.

[47] Entrevue, 21 septembre 2005.

[48] Lois et règlements codifiés, 1976-1977, ch. 34.

[49] Entrevues les 20 et 21 septembre 2005.

[50] « Dingwall at centre of probe into lobby payments », *Globe and Mail*, 25 sept. 2005, A1 et A9.

[51] http://strategis.ic.gc.ca/lobby.

[52] La Société canadienne des directeurs d'association s'est intéressée par le passé à différentes questions touchant le lobbying, ayant souvent fait des observations sur la question dans son journal et publié l'ouvrage *A Guide to Government Relations for Directors of Not-for-Profit Organizations* par Huw Williams et Lou Riccoboni, qui comporte une section sur la *LEL*.

[53] En fait, la Direction a commencé à faire ce genre de choses à l'échelle nationale. Pierre Ricard-Desjardins, sous-directeur du BDL, a récemment présenté un exposé sur la Loi modifiée sur l'enregistrement des lobbyistes lors d'une conférence, tenue à Ottawa, intitulée « Risky Business », le 15 septembre 2005. Toutefois, il faut surtout que l'information soit diffusée à une plus grande échelle, c'est-à-dire au-delà de la Capitale.

[illegible] La Cour suprême du Canada a rendu ses deux premiers arrêts sur l'article 246 le 19 octobre 2005 (*Canada Trustco Mortgage Co. c. Canada*, 2005 CSC 54; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55).

[illegible] Lois et règlements codifiés, 2000, ch. 9.

[illegible] De tels sites Web ne seraient pas seulement utiles aux organismes de surveillance du lobbyisme, ils deviendraient des sources d'informations précieuses pour les personnes, au gouvernement et à l'extérieur, s'intéressant aux questions traitées durant ces conférences.

[illegible] *Sous-comité sur le projet de loi C-43*, p. 24.

[illegible] Vérificateur général, *Rapport*, 2003, par. 2.76.

FAUTE D'UN CLOU : LE RÔLE DE LA VÉRIFICATION INTERNE DANS LE SCANDALE DES COMMANDITES

Liane E. Benoit et C.E.S. (Ned) Franks

Avant-propos

Cette étude des mécanismes de vérification interne au sein de l'administration publique fédérale a été effectuée par Liane Benoit sous la direction de C.E.S. Franks. Elle s'est avérée difficile à réaliser pour trois raisons. Premièrement, si peu de choses ont été publiées sur la fonction de vérification interne du gouvernement du Canada qu'il n'y avait pas un corpus de connaissances préalables sur lequel se fonder. Il a donc fallu partir de zéro dans une discipline qui revêt une importance spéciale parce que l'Enquête Gomery, ainsi que celle antérieure du Comité des comptes publics, avait révélé des déficiences de la vérification

interne qui ont contribué à la persistance et à l'aggravation des problèmes au sein du Programme de commandites.

Deuxièmement, après le démarrage de l'étude, le Conseil du Trésor a introduit une série de réformes qui vont modifier sensiblement les modalités de la vérification interne dans l'administration fédérale[1]. Il fallait donc tenir compte de ces propositions.

Troisièmement, le premier rapport de la Commission Gomery, qui a été publié alors que l'étude était en cours, se penche sur les défaillances de la vérification interne qui n'a pas su détecter et rectifier les problèmes dans le Programme de commandites[2]. Ces défaillances étaient si importantes que nous avons néanmoins consacré à ce sujet une section de notre étude.

Les auteurs sont reconnaissants à de nombreuses personnes et organisations de l'aide qu'ils leur ont fournie au cours de la recherche. L'étude exprime les points de vue des auteurs, que ne partagent pas nécessairement les personnes et les groupes ayant contribué à la recherche. Les vertus de l'étude sont attribuables à ces particuliers et organisations, les faiblesses sont la responsabilité des auteurs.

La vérification interne constitue un sujet de bien plus haute importance que ne le donne à croire le faible intérêt que lui ont porté jusqu'à présent les observateurs de l'administration publique. Nous espérons que la présente étude suscitera une plus grande attention et d'autres analyses et conduira à une meilleure connaissance de la fonction de vérification interne au sein du gouvernement canadien.

1 La vérification interne en tant que protagoniste

1.1 Introduction

Faute d'un clou, le fer fut perdu. Faute d'un fer, le cheval fut perdu. Faute d'un cheval, le cavalier fut perdu. Faute d'un cheval, la bataille

fut perdue. Faute d'une victoire, le royaume fut perdu. Tout cela faute de soin et d'un clou de fer à cheval.

Cette comptine traditionnelle, proverbe sur les conséquences plus vastes d'actes apparemment mineurs, offre peut-être aux pontes et spécialistes l'analyse la plus concise du rôle joué par la vérification interne dans l'enchaînement complexe d'événements qui a, en bout de ligne, débouché sur ce que l'on appelle aujourd'hui « le scandale des commandites ». Il existe des preuves selon lesquelles l'incapacité des vérificateurs internes à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) de relever, d'analyser et (ou) d'exposer aux cadres supérieurs la nature et la gravité véritables des irrégularités ayant marqué le Programme de commandites dans la deuxième moitié des années 90 a joué un rôle essentiel, voire central, dans la cascade d'événements politiques qui allait suivre. C'est la vérificatrice générale elle-même qui a avancé cette thèse en concluant, dans le cadre de son enquête de 2003 sur trois contrats passés avec Groupaction, qu'« en raison de l'effondrement quasi total des mécanismes de surveillance et des contrôles essentiels, ces violations n'ont pas été décelées, ni prévenues ni signalées, et ce, pendant plus de quatre ans »[1].

Se pourrait-il que la vérification interne soit le protagoniste improbable dans ce scénario? L'auteur de la présente étude va tenter, au moyen d'un examen des événements, d'illustrer la manière dont les vérificateurs de TPSGC ont manqué à leur devoir d'informer la haute direction de la gravité des lacunes, lui refusant ainsi la possibilité d'empêcher que les dominos ne tombent. Cette étude va également montrer comment les vérificateurs sont, en un sens, presque devenus des complices d'une administration fautive en masquant la vraie nature et l'étendue véritable des irrégularités, en offrant à la direction des assurances qui ne pouvaient pas être suffisamment appuyées par la portée des vérifications entreprises et en refusant de rapporter dans un langage clair et sans équivoque la gravité et la nature potentiellement frauduleuse des activités qui se déroulaient sous leur nez collectif d'enquêteurs.

Bien que nombre de ces manquements en matière de vérification interne puissent être expliqués par des niveaux de compétence ou de jugement discutables du côté des vérificateurs de TPSGC, il est tout aussi clair que la faute s'agissant de cet effondrement des mécanismes de surveillance ne peut pas être uniquement et complètement attribuée aux vérificateurs. Si le système n'a pas contré ni donc empêché la mauvaise administration des contrats de publicité, qui avait été relevée dès 1994, cela peut être imputé tout autant au contexte politique (avec et un P majuscule et un p minuscule) dans lequel ces enquêtes et décisions s'inscrivaient qu'à toute négligence de la part des personnes responsables de ces évaluations. Pour faire la lumière sur l'environnement de vérification entourant ces affaires, deux conditions s'imposent : premièrement, un examen de la culture de l'environnement bureaucratique à l'intérieur duquel sont réalisées les vérifications internes, y compris les nombreux dédales structurels et institutionnels qui viennent frustrer la capacité des vérificateurs de fournir des évaluations fiables; et, deuxièmement, un examen des circonstances idiosyncrasiques et du contexte politique dans lesquels les événements que l'on sait ont couvé.

Un examen des travaux théoriques en matière de vérification interne est singulièrement inutile dans cette analyse du fait que peu de spécialistes en sciences politiques ou en administration publique se soient, semble-t-il, attaqués en profondeur à la question. Même si des instituts professionnels tel l'Institut des vérificateurs internes publient de nombreuses études savantes sur les différentes mécaniques et méthodes employées, la seule évaluation du rôle du vérificateur interne en tant que protagoniste politique nous est livrée par David Good dans son livre intitulé *The Politics of Public Management: The Human Resources and Development Canada (HRDC) Audit of Grants and Contributions*. L'auteur était sous-ministre adjoint à Développement des ressources humaines Canada (DRHC) lorsque la diffusion d'un rapport par le groupe de

vérification interne du Ministère a résulté en une affaire qui a très vite été baptisée « le scandale du milliard égaré de DRHC » par les médias. Dans son compte rendu du scandale, M. Good offre un récit honnête du rôle joué par une vérification interne dans cette affaire. Ses réflexions livrent d'intéressantes perspectives comparatives sur les lacunes et faiblesses qui ont brimé, et qui continuent de frustrer, l'exercice de cette fonction de surveillance, ainsi que sur les facteurs institutionnels, culturels et systémiques en jeu et qui conspirent à influencer les perceptions et les actes des intéressés.

Il importera de se pencher sur ces questions et sur d'autres encore pour en arriver à une évaluation raisonnable du pourquoi de la perte du « fer » à TPSGC et, ce qui est plus important encore, des mesures que devrait prendre le gouvernement pour veiller à ce qu'un tel épisode ne se reproduise plus.

1.2
Signes précurseurs

Si l'équipe de vérification interne avait tenu compte de la recommandation faite par un des siens dès 1995, la corruption grande échelle et la prévarication flagrante entourant le Programme de commandites n'auraient peut-être jamais été. Cette année-là, la directrice adjointe de la Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC, Julia Ginley, avait été chargée d'entreprendre « une affectation de consultation »[4] par le sous-ministre adjoint d'alors, Bill Neville, en vue de contribuer à l'élaboration d'un cadre de contrôle de gestion approprié pour un secteur nouvellement créé, le Secteur de la publicité et de la recherche sur l'opinion publique (SPROP). M. Norman Steinberg, directeur général de la Vérification et de l'Examen[5] à TPSGC, lors de son témoignage devant la Commission d'enquête, a expliqué ainsi la genèse de cette affectation :

> . . . le sous-ministre adjoint de l'époque, M. Neville, qui était en train de mettre sur pied cette organisation, nous a approchés . . . pour demander : « Si je mets en place ce genre de cadre de contrôle de gestion, serait-il robuste et rigoureux? » . . . nous lui disions, d'abord, que nous voulions qu'il nous explique le genre d'environnement dans lequel il établissait le programme et quels étaient les risques auxquels ce programme devrait faire face. À partir de ces renseignements-là, nous pourrions lui donner des conseils raisonnables concernant ce qui constituerait un cadre de gestion de contrôle approprié et quelles seraient ses déficiences[8].

Il y avait de bonnes raisons pour lesquelles le SMA responsable de ce secteur nouvellement créé aurait peut-être voulu avoir un cadre de contrôle financier robuste pour guider sa direction. Jusqu'à sa création cette année-là, l'administration des contrats de publicité au sein de TPSGC avait été partagée entre deux groupes distincts. Le premier, le Groupe de gestion de la publicité (GGP), sous la direction de M. Charles (Chuck) Guité, était chargé de choisir les entreprises de publicité et de contrôler la qualité et l'efficacité de la publicité gouvernementale. Le deuxième était une équipe d'achat distincte, dirigée par M. Allan Cutler et abritée au sein des services d'achat courants de TPSGC, appelée Secteur des relations publiques et des marchés de service d'imprimerie (SRPMSI). Le groupe de M. Cutler était chargé de négocier les contrats, y compris le prix et les modalités, avec les agences choisies par le premier groupe, le GGP. Les deux groupes travaillaient indépendamment l'un de l'autre à partir de bureaux distincts situés dans des endroits différents et, d'après le témoignage de M. Cutler, avaient très peu de contacts l'un avec l'autre.

Ce partage de responsabilités entre les deux groupes a été l'un des mécanismes institutionnels de « poids et contrepoids » dans l'octroi de contrats de publicité gouvernementale, un intervenant pouvant difficilement s'écarter des règles sans que l'autre ne soit alerté de

l'irrégularité. Selon M. Cutler, en dépit de cette tension institutionnelle, il n'y avait jamais eu de friction entre les deux groupes avant le milieu des années 90. Cela allait cependant changer en 1994. Comme M. Cutler l'a expliqué devant le Comité des comptes publics :

> C'est vers 1990 que Chuck Guité a pris la direction du Groupe de gestion de la publicité. En 1994, M. Guité a commencé à s'immiscer dans le processus de passation des contrats en autorisant des agences à exécuter des travaux de publicité sans avoir signé préalablement un contrat. C'est ce qui a entraîné la réunion du 17 novembre 1994 entre M. Guité et le groupe des contrats de publicité — mon groupe — à TPSGC, réunion à laquelle j'ai moi-même assisté . . . Lors de cette réunion, M. Guité nous a dit que les règles et les règlements habituels ne devraient pas s'appliquer à la publicité. Il a dit qu'il en parlerait avec le ministre afin qu'ils soient modifiés.
>
> Une semaine plus tard, j'ai été informé que deux de mes employés et moi-même étions transférés à l'unité de M. Guité et que dès lors, nous relevions de lui. À partir de ce moment, les fonctions de M. Guité ont été augmentées de façon à inclure non seulement le choix des agences de publicité, mais aussi la négociation et la signature des contrats avec les agences choisies. Il est alors également devenu responsable de l'achat des services de recherche en opinion publique. Dans le cadre de ce changement, mon bureau a été déménagé dans les locaux du groupe de M. Guité, qui était complètement isolé des autres bureaux de TPSGC.

La fusion de ces deux groupes pour constituer le SPROP sous la direction de M. Guité a en définitive balayé le mécanisme de vérification institutionnel qui avait jusque-là été appliqué au processus d'octroi de contrats de publicité et c'est l'élaboration d'un nouveau cadre de contrôle de gestion pour ce secteur qui a amené le SMA, M. Neville, à chercher aide et conseils auprès de la Direction générale de la vérification et de l'examen.

L'étude entreprise par suite de cette demande a comporté une série d'entrevues avec les membres de la nouvelle unité de publicité, le SPROP, ainsi qu'avec leurs « clients » d'autres ministères gouvernementaux. À l'occasion de l'une de ces entrevues, Mme Ginley, la vérificatrice de TPSGC responsable de cette affectation, s'est fait dire que les responsables de la publicité du ministère client avaient le sentiment d'être écartés du processus contractuel géré par le SPROP et qu'ils se trouvaient de ce fait contraints de payer des tarifs de publicité négociés exclusivement par TPSGC qui étaient supérieurs aux tarifs du marché en vigueur dans une proportion pouvant aller jusqu'à un tiers. Mme Ginley a écrit à Chuck Guité pour l'avertir des préoccupations du client. Lors de sa comparution devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites, elle a déclaré avoir pensé qu'une fois averti du problème, M. Guité allait le résoudre dans la ronde de négociations contractuelles suivante.

L'approche de Mme Ginley en avertissant directement M. Guité du problème relevé dans le cadre de ses recherches était conforme à la pratique de vérification ministérielle fédérale en vertu de laquelle les cadres hiérarchiques sont avisés et ont amplement l'occasion de donner suite à cette information et de corriger toute lacune décelée par les vérificateurs. Dans la plupart des cas, les irrégularités administratives sont redressées au moyen d'un plan d'action détaillant les mesures comptant être prises par la direction pour corriger la situation. Le plan d'action, accompagné du rapport du vérificateur, est alors soumis pour examen et approbation au Comité de vérification et d'examen, organe de surveillance interne présidé en règle générale par le sous-ministre et composé de trois cadres supérieurs ou plus, habituellement de niveau SMA. Or, en l'espèce, le fait que la plainte ait été formulée dans le contexte de travail de consultation plutôt que dans le cadre d'un processus de vérification, M. Guité n'était pas tenu de fournir une réponse formelle.

Le travail de recherche de Mme Ginley avait fait ressortir d'autres facteurs de risque financiers et de gestion liés au SPROP. Lors de son entretien avec M. Guité, elle avait pris note de sa déclaration selon laquelle il rencontrait une fois par semaine le chef de cabinet du ministre, relation qu'elle avait reconnue comme étant très peu habituelle pour un fonctionnaire de son rang et de son groupe de classification. M. Guité a reconnu que les sensibilités politiques liées au poste étaient « sérieuses, mais sporadiques »[5], et elle a noté le fait qu'il avait une déchiqueteuse à côté de son bureau. Ses observations quant à la nature idiosyncrasique de l'unité ont été davantage corroborées par son entrevue avec M. Cutler. Ses notes correspondant à cette rencontre étaient annonciatrices de la tournure qu'allaient prendre les événements : « sensibilités politiques = allégations de trucage de soumissions, ou plaintes au ministre. La solution est de suivre les règles à la lettre »[6].

La plainte du ministère client ajoutée à l'existence de relations politiques inhabituelles liées aux activités du SPROP ont amené Mme Ginley à conclure que l'unité de la publicité constituait un niveau de risque significatif pour le ministère. Dans son rapport final au SMA, M. Neville, elle a recommandé fermement qu'une fois instauré le cadre de contrôle de gestion du SPROP, il y aurait lieu d'entreprendre une vérification de conformité des pratiques contractuelles du secteur.

Le travail de Mme Ginley représente la première occasion offerte à la Direction générale de la vérification et de l'examen d'examiner et possiblement d'exposer les irrégularités initiales commises sous l'autorité de M. Guité. Pourquoi donc la recommandation que soit entreprise une vérification de conformité n'a-t-elle pas été suivie? D'après le témoignage de M. Steinberg, chef de la Direction générale de la vérification et de l'examen, la recommandation avait été faite par Mme Ginley en février 1995. C'est six mois plus tard, à l'automne de la même année, lors de l'établissement du calendrier de vérification pour l'exercice financier 1995-1996, qu'est survenue la deuxième

occasion d'inscrire le SPROP sur la liste de vérifications annuelles au ministère. M. Steinberg a déclaré que, chaque année, environ 30 vérifications, sur une liste de 160 éléments de vérification différents, sont effectuées de façon routinière à TPSGC[10]. Le choix est arrêté en fonction de l'analyse de l'évaluation du risque du ministère — en d'autres termes, son évaluation des activités au sein du ministère qui sont susceptibles de poser le plus grand risque d'irrégularités ou de non-respect des politiques du Conseil du Trésor, des règles ministérielles ou de la *Loi sur la gestion des finances publiques* pour l'année en question. Lors de son témoignage, M. Steinberg n'a dit mot quant aux raisons pour lesquelles la recommandation de Mme Ginley demandant une vérification de conformité n'avait à l'époque pas eu de suite :

> Julia, étant l'une de nos gestionnaires d'affaire, aurait participé à la communication de commentaires concernant les éléments de vérification qu'elle connaissait et dont elle était responsable. Elle aurait recommandé que ce volet soit intégré au plan de vérification et qu'il passe par le processus d'itération, le processus par lequel on décide du plan final. Par conséquent, Julia aurait eu une occasion de recommander que cette vérification soit effectuée[11].

Une année plus tard, le SPROP figurait de nouveau parmi les secteurs ayant fait l'objet de délibérations quant aux vérifications devant être effectuées pendant l'exercice financier 1996-1997. M. Steinberg a déclaré devant la Commission d'enquête que le SPROP avait cette fois-là été inclus dans la liste préliminaire, mais ne s'était pas retrouvé sur la liste finale :

> Lorsque nous en étions toujours à notre mode de 1996-1997, cette vérification du SPROP figurait sur une liste de vérifications éventuelles à faire, mais en raison de l'établissement des priorités pour les vérifications dont nous nous occupions, celle-ci a été écartée des vérifications que nos ressources nous permettaient d'entreprendre[12].

Dès 1996, la vie dans le secteur de M. Guité était devenue de plus en plus difficile pour le spécialiste des achats, M. Allan Cutler. Ce dernier était, a-t-il lui-même reconnu, « un acheteur extrêmement professionnel » qui avait été « formé au fil des ans par plusieurs personnes hautement qualifiées ». Il était devenu de plus en plus préoccupé par les pratiques contractuelles du SPROP depuis que lui-même et son supérieur à l'époque, M. Pierre Tremblay (pas le même Pierre Tremblay qui avait été l'adjoint exécutif de l'honorable Alfonso Gagliano), avaient pour la première fois confronté M. Guité au sujet d'irrégularités lors de la réunion en 1994, et ce dont il avait été témoin depuis son passage des services d'achat courants de TPSGC au SPROP n'avait aucunement amoindri son inconfort professionnel. Lors de sa comparution devant le Comité des comptes publics, il a déclaré avoir constaté :

> . . . que des contrats étaient régulièrement antidatés; que des commissions étaient versées au titre de services qui n'avaient apparemment pas été rendus; que des paiements anticipés dérogeant aux règles étaient effectués; que l'exigence d'obtenir des autorisations légales, ministérielles ou du Conseil du Trésor n'était pas respectée; et que des contrats étaient adjugés sans autorisation financière préalable[13].

M. Cutler a de nouveau confronté M. Guité au sujet de ces irrégularités en matière de contrats en février 1995. Il a déclaré que M. Guité s'était montré très contrarié et qu'il lui avait donné l'impression très nette que son emploi était en danger[14]. Peu après, M. Guité a fait savoir à M. Cutler qu'il allait dorénavant relever de M. Mario Parent. Les ramifications de ce changement n'ont pas échappé au fonctionnaire de carrière qu'était M. Cutler. Sur le plan professionnel, non seulement perdait-il la face en ne relevant plus directement du chef du secteur, mais l'insulte était exacerbée par le fait que son nouveau « patron » occupait un poste inférieur au sein de la hiérarchie. En lui imposant ce nouveau rapport hiérarchique, M. Guité avait offert à M. Cutler un choix :

relever de M. Parent ou être inscrit sur la liste de priorité, ce qui, dans le contexte de la rationalisation et des compressions massives du milieu des années 90, l'aurait laissé sans emploi dans les six mois. Ébranlé par les conséquences possibles pour sa carrière et sensible à la nécessité de se protéger en cas de représailles futures, M. Cutler a commencé à conserver des copies des documents et a noté par écrit le détail de tous les contrats qu'il jugeait douteux ou inappropriés et qu'on lui demandait de traiter[15]. Un peu plus d'un an plus tard, en avril 1996, il a refusé de se plier aux instructions de M. Parent lui demandant de signer une autorisation pour un contrat qu'il jugeait irrégulier. M. Parent l'avait alors averti qu'il lui faudrait « en subir les conséquences »[16] et qu'il y aurait « un prix à payer »[17] pour avoir refusé.

C'est alors que M. Cutler a fait appel à son syndicat, l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC), qu'il a saisi des irrégularités contractuelles qu'il avait constatées et de l'intimidation et des menaces que lui infligeaient ses supérieurs. L'IPFPC a réagi en envoyant, le 13 mai 1996, une lettre au sous-ministre adjoint de la Direction générale du service opérationnel au gouvernement, M. Jim Stobbe, qui a à son tour demandé que M. Cutler livre ses preuves documentées à la Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC afin que celle-ci puisse évaluer la légitimité de ses plaintes.

Deux semaines plus tard, la Direction générale de la vérification et de l'examen a rencontré M. Cutler pour passer en revue les allégations et les preuves qu'il avait amassées au cours des 14 mois précédents. Dans un rapport daté du 7 juin 1996, les vérificateurs ont confirmé que les allégations de M. Cutler au sujet d'irrégularités contractuelles au SPROP étaient fondées[18]. Après un deuxième entretien avec M. Cutler le 10 juin 1996, la Direction générale de la vérification et de l'examen a informé le SMA qu'il y avait des preuves suffisantes pour justifier une enquête plus poussée. Des notes prises à l'époque lors d'une rencontre entre M. Stobbe et des membres de la Direction générale indiquent

que le SMA n'était pas en faveur d'une vérification. Cependant, après examen des conclusions de vérification préliminaires, le directeur, M. Steinberg, a jugé qu'une enquête plus approfondie au sujet des pratiques contractuelles du SPROP était indiquée.

Curieusement, c'est le 11 juin 1996, un jour après que M. Cutler eut pour la deuxième fois rencontré les membres la Direction générale de la vérification et de l'examen et leur eut fourni d'autres documents, qu'il a été invité au bureau de M. Guité pour se faire dire que son poste avait été déclaré excédentaire. Bien que M. Guité ait prétendu que sa décision n'avait rien à voir avec les divulgations de M. Cutler, il n'y a aucun doute que ces dernières avaient été le principal facteur dans la décision. De fait, cette mesure satisfaisait vraisemblablement à deux objectifs pour M. Guité. Elle enclenchait un processus qui allait débarrasser son unité du redouté « mouchard » avant l'élargissement prévu des fonctions et pouvoirs de M. Guité relativement au Programme de commandites, et avertissait tous les autres membres du SPROP de ce qui pourrait leur arriver s'ils devaient eux aussi s'amuser à contester son autorité. Chose intéressante, aucun des cadres supérieurs, qui étaient tous au courant du sort réservé à M. Cutler, ne s'est porté à sa défense par suite de ces développements. Personne n'est intervenu pour protéger sa carrière ni pour sanctionner M. Guité du fait de son comportement implacable en la matière. Bien au contraire, l'étoile de M. Guité n'a cessé de monter, comme donnant foi au vieux dicton d'Ottawa voulant qu'au gouvernement, « quand une tête tombe, elle ne roule pas vers le bas, mais vers le haut ».

1.3
La vérification d'Ernst & Young

On pourrait faire grand cas du fait que la vérification interne du SPROP découlant des divulgations de M. Cutler en 1996 ait été effectuée par un cabinet de l'extérieur. Bien que le fait d'avoir recouru à la sous-

traitance puisse de prime abord laisser entendre un niveau d'indépendance et d'objectivité dans la réalisation d'une vérification qui ne pourrait pas être le propre d'un travail fait à l'interne, telle n'était pas la réalité. Les témoignages tant des membres de la Direction générale de la vérification et de l'examen que des représentants d'Ernst & Young, la firme retenue pour effectuer la vérification, ont confirmé que les vérificateurs externes ont exercé leurs fonctions en tant qu'extension du ministère et qu'ils étaient tout à fait assujettis à la surveillance et au contrôle de la Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC[29]. Comme M. Steinberg l'a affirmé devant la Commission, « notre gestion de projet pour une vérification déléguée à l'externe était identique à notre gestion pour une vérification à l'interne »[30].

Il est également ressorti clairement du témoignage de M. Steinberg que la Direction générale de la vérification et de l'examen jouissait d'une discrétion totale s'agissant de déterminer les conditions et l'envergure de la vérification. Il importe de souligner ce fait étant donné les partis pris et le poids que cette direction a eu dans le cadre de cette affaire. Dans son exposé d'allégations à l'IPFPC et lors d'entrevues subséquentes avec la Direction générale de la vérification et de l'examen et la Direction des affaires internes de TPSGC, M. Cutler n'avait ni prétendu ni fourni quelque preuve que ce soit que les irrégularités qu'il observait avaient pour objet d'engendrer des gains ou des profits personnels. Étant donné le poste qu'il occupait au sein de l'organisation en tant qu'expert des achats, son manque de perspicacité sur ce point n'était guère étonnant. Bien au contraire, il aurait été très inhabituel et improbable que quiconque envisageant pots-de-vin ou fraude eût explicitement inclus des dispositions à cet effet dans le contrat. Ce genre de corruption est, de par sa nature, clandestine et négociée en privé. M. Cutler, un homme qui a cherché méticuleusement à veiller à ce que toutes ses allégations puissent être prouvées, n'était ni bien placé ni qualifié pour dire si l'une ou l'autre des irrégularités qu'il avait relevées pourrait

éventuellement déboucher sur de telles choses. Sa compétence se limitait aux politiques, règles et règlements régissant le processus contractuel. Lorsque les Affaires internes de TPSGC lui ont demandé s'il disposait de la moindre preuve que les irrégularités qu'il avait constatées avaient eu pour objet d'engendrer des gains ou des profits personnels, il a répondu en toute franchise que non. C'est dans ce contexte que la Direction des affaires internes a rapporté ce qui suit à la Direction générale de la vérification et de l'examen.

En juin 1996, suite à une deuxième entrevue avec M. Cutler, M. Steinberg a écrit une note de service au SMA, M. Stobbe, dans laquelle il dit ceci :

> Le problème en est un de politique et de procédures qui pourraient comporter des lacunes, mais il y a des gens qui essaient de les contourner en prenant des raccourcis ou en inventant des méthodes pour modifier délibérément des documents qui, s'ils étaient examinés par un organisme externe de vérification ou de réglementation, soulèveraient des questions de probité quant à la façon dont le ministère s'acquitte de ses fonctions et de ses obligations en matière d'attribution de contrats[31].

Dans la même note de service, M. Steinberg déclare que les gestes examinés ne semblent pas avoir été posés pour réaliser un gain personnel, mais soulèvent plutôt des questions d'ordre éthique[32].

Cet apparent préjugé quant à la nature des irrégularités allait avoir une incidence déterminante sur la nature et l'étendue de la vérification qui allait être commandée. Au lieu d'une vérification judiciaire plus coûteuse et plus détaillée, qui aurait retracé la piste de l'argent et aurait sans doute permis de découvrir des preuves de corruption, la Direction générale de la vérification et de l'examen a choisi de demander à la firme Ernst & Young d'entreprendre une bien modeste vérification de

conformité du SPROP, d'une valeur de 34 500 $, exercice qui allait simplement établir si les pratiques contractuelles du secteur étaient conformes aux politiques et règlements du ministère, du Conseil du Trésor et découlant de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Dans ce qui semble avoir été une tentative de la onzième heure pour couvrir toutes les bases, M. Steinberg a ajouté au mandat original l'obligation d'Ernst & Young d'indiquer dans son rapport final toute indication de gain ou de profit personnel lié aux irrégularités constatées. Cet élargissement de la portée de la vérification de conformité a été effectué même si, comme il allait plus tard le dire à la Commission d'enquête sur le Programme des commandites, M. Steinberg savait qu'une vérification de conformité n'était pas l'outil approprié pour trancher des questions du genre. En utilisant cet outil de vérification mal adapté pour décider de la question de l'obtention d'avantages personnels, TPSGC s'était aventuré sur un terrain glissant allant mener à des erreurs d'interprétation et à la dissimulation de faits, ignorant en définitive presque volontairement le cliquetis du clou qui commençait à se détacher du fer.

La première ébauche du rapport produit par Ernst & Young a été soumise à la Direction générale de la vérification et de l'examen en septembre 1996, à l'attention de M. Raoul Solon, directeur adjoint, le gestionnaire de TPSGC qui était responsable du dossier. L'ébauche établit en des termes très directs et explicites que les incidents de non-conformité décelés dans le cadre de l'examen des contrats de publicité entre juin 1994 et juin 1995 étaient et graves et répandus :

> Nos résultats de vérification révèlent une non-conformité chronique aux politiques et aux procédures. Heureusement, jusqu'à présent, ces dérogations n'ont entraîné aucune action en justice ni retenu l'attention du public. Pour éviter des situations potentiellement embarrassantes, il vaut mieux rectifier les problèmes immédiatement[21].

Cette ébauche comportait une évaluation du risque esquissant quatre conséquences découlant de ces irrégularités et pouvant rendre le ministère particulièrement vulnérable, notamment : la possibilité que le SPROP n'adhère pas aux politiques contractuelles du Conseil du Trésor et autres; que des contrats soient adjugés de façon inéquitable, en avantageant des entrepreneurs choisis; que le processus d'appel d'offres soit perçu comme non transparent, pouvant donner lieu à des critiques à l'endroit du gouvernement; et que le gouvernement n'optimise pas pleinement ses ressources[74].

Dans cette première ébauche, les vérificateurs d'Ernst & Young font également clairement ressortir les limites leur ayant été imposées s'agissant de leur capacité d'effectuer pleinement leur travail. Ces limites étaient pertinentes dans le cas particulier de leur capacité de relever et de vérifier toute irrégularité découverte dans le cadre de leurs vérifications en vue de déterminer si celle-ci visait quelque avantage ou gain personnel. Voici ce que l'on peut y lire :

> Nous devons signaler que des restrictions ont été imposées quant à notre vérification et, de ce fait, nos conclusions peuvent laisser de côté certains enjeux. Plus particulièrement, notre vérification a porté sur les processus d'attribution de marchés et leur conformité aux politiques et aux procédures applicables. Notre vérification n'a pas porté sur la question des gains personnels, car nombre des parties sont demeurées inconnues de nous tout au long du processus. En outre, nous n'avons pu avoir un entretien avec la personne qui a signalé certains écarts et, par conséquent, nous n'avons pu déterminer si d'autres domaines présentant des risques élevés auraient dû être vérifiés[75].

La formulation et la teneur de la première ébauche n'allaient pas survivre aux remaniements. Après plusieurs conversations et rencontres avec M. Solon, de la Direction générale de la vérification et de l'examen,

le rapport final déposé par Ernst & Young a livré une toute autre interprétation des constats. Était ainsi balayée toute référence aux limites imposées à la portée de la vérification. Avait disparu le paragraphe explicitant les divers domaines à risque. Avait également été évacuée la formulation décrivant sans détours l'étendue et la nature des irrégularités. En effet, les incidents de non-conformité qui avaient dans la première ébauche été décrits comme étant « graves et fréquents » se trouvaient fondus dans une « Évaluation générale » plus favorable, qui en diminuait l'étendue et l'importance. On pouvait ainsi lire dans le rapport final :

> La vérification du processus de passation des contrats de publicité a permis de déterminer que les activités contractuelles du SPROP sont, en général, exécutées conformément aux politiques et aux procédures pertinentes qui sont prescrites; cependant, il y a des cas répétitifs de non-conformité à certaines politiques contractuelles[6].

Le rapport précise ensuite qu'aucune preuve d'avantages ou de gains personnels n'a été décelée, conclusion qui pourrait être trompeuse en l'absence des explications et du contexte fournis par le paragraphe manquant portant sur l'étendue de la vérification, ou d'une explication de la fiabilité d'une modeste vérification de conformité s'agissant de fournir de telles assurances.

Le sommaire final diffère également de l'ébauche originale en ce qu'il ne propose aucune « pondération » des différents domaines de non-conformité ayant été relevés. Comme cela est ressorti lors du témoignage des vérificateurs d'Ernst & Young, il y avait certaines règles du processus concurrentiel qui, si elles n'étaient pas respectées, menaçaient l'équité de toute mesure ou de tout processus en découlant. Aucun élément de cette analyse ne figure dans le sommaire remis aux cadres supérieurs siégeant au Comité de vérification et d'examen.

Encore une fois, l'absence de ce contexte pourtant essentiel dissimulait la gravité des irrégularités derrière un nuage de généralisation aveugle trahissant la vraie nature des conclusions.

Même si, devant la Commission d'enquête, les souvenirs de tous les intéressés semblaient vagues concernant les discussions survenues entre M. Solon et les vérificateurs de la firme Ernst & Young au sujet de modifications à apporter au libellé des conclusions, il semblerait, d'après les témoignages, que les différences sur les plans du ton et du contenu entre la première version et le rapport final ont été très largement influencées par ces discussions. Il allait de soi que cette première ébauche soit retravaillée et affinée pour aboutir à une version finale plus professionnelle, mais il n'en demeure pas moins qu'il est peu probable que les vérificateurs auraient supprimé des renseignements essentiels en matière de portée, de risques et d'assurances ou qu'ils auraient cherché à dissimuler des preuves quant à la gravité et à la fréquence des irrégularités si des pressions n'avaient pas été exercées sur eux en ce sens. Sachant qu'il ne s'agissait pas là d'une vérification externe indépendante — la firme Ernst & Young agissait purement en tant que prolongement de la Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC et travaillait sous l'autorité de celle-ci —, il n'est guère surprenant que ses résultats aient été évalués de manière concertée et couchés en des termes convenant aux deux parties.

Le rapport final de vérification de la firme Ernst & Young a été soumis à Jim Stobbe, SMA, en novembre 1996. Ernst & Young dit ceci dans sa conclusion :

> À l'origine, le SPROP avait pour mandat de conseiller les ministères sur la publicité et la recherche sur l'opinion publique. Comme les achats ne représentent qu'une petite partie de ses activités, les employés de cet organisme n'ont pas vraiment de formation dans ce domaine. Ils ne possèdent pas l'expertise nécessaire, puisque les

> achats ne constituent pas leur objectif principal. Il serait plus profitable pour toutes les parties que les achats de service de publicité et de recherche sur l'opinion publique soient intégrés dans les services d'achats courants de TPSGC[7].

Pour qui évalue ces déclarations d'Ernst & Young, la recommandation de réintégrer la fonction achat du SPROP à l'administration centrale du ministère semble une solution raisonnable et appropriée. Cela aurait rétabli le système original de poids et de contrepoids qui avait mis cet aspect de la fonction à l'abri de la manipulation avant le regroupement sous le SPROP et éliminerait vraisemblablement de ce fait les irrégularités commises sous l'autorité de M. Guité. Mais le SPROP était-il réellement dénué de ce savoir-faire? Pendant les deux années sur lesquelles a porté la vérification, M. Cutler et deux autres spécialistes des achats — ces mêmes personnes dont nous savons qu'elles étaient responsables des achats lorsque la fonction contractuelle était assurée par les services d'achat courants de TPSGC — avaient été amenés à cette nouvelle unité dans le but exprès de maintenir la responsabilité à l'égard de cette fonction. Leur mutation n'avait modifié en rien leur niveau de compétence dans le domaine — seule la structure hiérarchique, l'emplacement physique de leur bureau et l'indépendance de leurs tâches par rapport au processus de sélection et d'évaluation avaient été modifiés. Que des irrégularités aient eu lieu n'était pas le fait d'un manque de compétences au sein du SPROP, mais était directement attribuable aux ordres donnés aux experts des achats par leurs supérieurs d'ignorer et de contourner les règles, règlements et mécanismes appropriés, ce qui les a en définitive empêchés de faire leur travail. Le rapport est donc tout simplement erroné.

Cette logique fondée sur un « manque d'expertise » est d'autant plus curieuse dans le contexte des événements que vivait à l'époque le SPROP. C'est exactement au même moment en 1996 que M. Guité avait pris des mesures pour faire déclarer « excédentaire » le poste de

M. Cutler, son agent des achats en chef. Pendant que la Direction générale de la vérification et de l'examen était en train de bâtir son rapport autour du fait que le SPROP manquait d'experts en matière d'achats, M. Cutler s'est vu obligé de se présenter chaque jour au travail pendant trois mois sans qu'on ne lui donne la moindre chose à faire. Si les vérificateurs chez Ernst & Young n'ont pas tout de suite été au courant de la situation de M. Cutler, celle-ci n'avait certainement pas échappé aux cadres supérieurs de TPSGC directement intéressés dans l'élaboration et la vérification de ce rapport de vérification final.

Il semblerait que personne n'ait relevé l'ironie de la situation. Plus grave encore, ces vérificateurs et gestionnaires ont laissé les suppositions erronées de la conclusion du rapport être brandies comme la vérité, ce qui représente au minimum une abrogation du devoir du service de vérification interne de fournir au sous-ministre des renseignements fiables. M. Stobbe a dûment accepté le rapport d'Ernst & Young, puis a suivi le protocole établi pour les vérifications et a envoyé à M. Guité une copie des conclusions accompagnée d'une demande de « plan d'action » esquissant les mesures qu'il prendrait pour corriger les irrégularités. Cette demande ne revêtait apparemment aucune urgence ni d'un côté ni de l'autre, étant donné que ce n'est que six mois plus tard que M. Guité a finalement informé les vérificateurs qu'il acceptait la recommandation du reversement des achats aux services généraux de TPSGC. Cette étape franchie, le rapport d'Ernst & Young et le plan d'action ont été inscrits à l'ordre du jour de la réunion suivante du Comité de vérification et d'examen, prévue pour juillet, à l'occasion de laquelle les membres du Comité ont accepté les deux documents tels que déposés.

Les témoignages devant le Comité des comptes publics et la Commission d'enquête sur le Programme de commandites appuient le fait que, ce qui n'est guère étonnant, le sous-ministre et ses collègues du Comité n'aient rien trouvé de particulièrement alarmant ou inhabituel dans le

rapport d'Ernst & Young. Il est même possible, selon certaines dépositions, que le sous-ministre de TPSGC, M. Ranald Quail, n'ait jamais lu plus loin que l'« Évaluation générale » figurant dans le sommaire, lequel, ayant inscrit les résultats dans le contexte d'une évaluation dans l'ensemble favorable, l'aurait rassuré en lui faisant penser que les irrégularités étaient de nature mineure et facilement « réparables ». En dépit de la provenance peu habituelle de ce rapport, il n'a pas mis en doute ses conclusions ni les justifications les appuyant, ce qui reflète peut-être la confiance qu'il avait dans l'intégrité de son système de vérification, dont il était convaincu qu'il était en mesure de lui livrer une évaluation juste et fiable des allégations de prévarication. Il continue d'affirmer :

> C'est une question de manque de connaissances spécialisées. J'interprète cela comme une question de manque de connaissances spécialisées. Je n'ai pas compris que cette remarque s'adressait expressément à M. Guité et que nous devions résoudre le problème de connaissances spécialisées insuffisantes. Nous avions réglé le problème du manque de connaissances spécialisées . . . Nous avions suivi cette recommandation . . . [78]

Ainsi, ce « manque de connaissances spécialisées » a été officiellement reconnu. Aux yeux de l'observateur externe, le refus ou l'incapacité des vérificateurs de TPSGC et du Comité de vérification et d'examen d'envisager l'idée que les irrégularités puissent être attribuables à des actes répréhensibles délibérés, voire même à de l'incompétence gestionnaire, paraît à la fois naïf et quelque peu incroyable. La confiance de M. Quail à l'égard de la capacité de M. Guité de traiter des questions soulevées par la vérification semble n'avoir jamais été ébranlée. Il déclare en effet :

> . . . personne ne suggérait que le plan d'action qu'il proposait ne pouvait être réalisé. Je le considérais comme un cadre supérieur

> chevronné. C'est ce que révélaient ses états de service et j'étais convaincu qu'il pouvait accomplir le travail demandé[77].

Pareille attitude indulgente était sans nul doute appuyée par l'assurance des vérificateurs qu'il n'y avait aucune preuve que ces irrégularités avaient résulté en un quelconque avantage ou gain personnel. La fiabilité d'une vérification de conformité à petit budget s'agissant d'offrir de telles assurances inconditionnelles n'avait manifestement jamais été remise en question par les membres du Comité de vérification et d'examen. En rayant du rapport final la partie « limitations » de l'ébauche originale, qui aurait mis de telles assurances en contexte — en ayant en fait inclus cette exigence en matière d'assurance dans le mandat de départ pour l'exécution de la vérification de conformité —, la Direction générale de la vérification et de l'examen pourrait avoir induit en erreur le Comité sur cette question importante. En conséquence, mythes et fausses assurances ont été habillés du voile de la vérité et sont devenus la base à partir de laquelle le Comité a accepté tant le rapport que le plan d'action.

Conformément aux exigences de la politique, le sommaire du rapport d'Ernst & Young et le plan d'action, ainsi que celles parmi les cinq autres évaluations qui avaient été examinées lors de la réunion de juillet, ont été envoyés au Conseil du Trésor à l'automne de la même année pour examen. M. Steinberg a déclaré n'avoir jamais reconnu les conclusions du rapport sur le SPROP comme étant autre chose que le constat d'irrégularités routinières. Il ressort même de ses observations qu'il estimait que c'était au Conseil du Trésor qu'il revenait de revoir les sommaires et de communiquer avec le ministère s'il relevait le moindre phénomène irrégulier ou troublant. Voici en effet ce qu'a déclaré M. Steinberg :

> On s'attendait à ce que les gens du Conseil du Trésor examinent les documents pour avoir une impression de leur contenu. Si ces gens s'y étaient intéressés davantage, ils auraient communiqué avec nous. Ils nous auraient posé des questions . . . Ce que je cherche à

> dire, c'est que tous nos rapports de vérification ont révélé des problèmes, et que tous les rapports de vérification qui sont parvenus au Conseil du Trésor indiquaient les problèmes qui avaient fait surface au cours des vérifications, dans toute la gamme de vérifications que nous avons effectuées . . . s'il y avait eu des constatations importantes ou significatives ayant des répercussions à l'échelle du gouvernement, nous nous serions chargés nous-mêmes d'en aviser les gens du Conseil du Trésor[30].

Le dépôt du sommaire et du plan d'action s'est inscrit dans un exercice largement *pro forma*. Manifestement, rien dans le sommaire du dossier du SPROP n'a frappé les responsables comme étant autre que routinier, et aucun suivi ni enquête supplémentaire n'a été déclenché par cet organe central.

1.4
Le pari de M. Guité

Le principal élément du plan d'action préparé par M. Guité, à savoir le retour de la fonction d'achat du SPROP au ministère lui-même, n'a jamais été mis en œuvre. Lorsque la Direction générale de la vérification et de l'examen a demandé au SPROP, six mois plus tard, de confirmer que les mesures appropriées avaient bien été prises, on lui a répondu que rien n'avait été fait. De fait, M. Guité aurait déclaré : « Eh bien, ça ne m'emballe pas. J'hésite à mettre en œuvre ce plan d'action »[31]. Tout en admettant « qu'il n'aurait pas été difficile d'exécuter le plan d'action, de le mettre en place »[32], M. Steinberg a déclaré dans son témoignage n'avoir rien vu de particulièrement inhabituel dans la réponse de M. Guité. À la question de savoir si sa réticence à exécuter la recommandation n'aurait pas dû déclencher un signal d'alarme, il a répondu : « Je dois répondre par la négative. Je n'aurais pas adopté cette attitude six mois plus tard, si M. Guité avait dit : "J'ai besoin d'un peu plus de temps pour m'organiser" »[33]. Le sous-ministre Quail, dans son témoignage au Comité des comptes publics, a

donné une explication plus directe et plus éloquente de la raison pour laquelle la fonction d'achat du SPROP n'a jamais été réintégrée dans l'administration générale du Ministère :

> C'est comme ça qu'il [le ministre] souhaitait organiser ce groupe [SPROP] et il voulait laisser la question de l'approvisionnement à part[14].

1.5
La création de la DGSCC

En novembre 1996, presque au moment où M. Stobbe recevait le rapport final de la vérification d'Ernst & Young, TPSGC a présenté au Conseil du Trésor une demande pour 34 millions de dollars de crédits supplémentaires sur deux ans pour les commandites. La soumission a été signée par le ministre de TPSGC, l'honorable Diane Marleau, et par le Premier ministre Jean Chrétien, un aval exceptionnel qui signifiait aux yeux de tout le monde dans la fonction publique que cette initiative revêtait une haute priorité. Ces fonds devaient servir à « réaliser une initiative du gouvernement du Canada qui consiste à promouvoir tous les programmes, politiques et services fédéraux en commanditant certains événements dans tout le Canada »[15]. Cette soumission était considérée par la plupart comme le lancement du Programme de commandites, bien que certains événements choisis aient déjà bénéficié d'une aide auparavant, financée à même l'enveloppe publicitaire générale du gouvernement, et ce, en dépit du fait que le « programme » n'ait pas été officiellement désigné comme tel avant 2002. Le nom de Charles Guité, le directeur du SPROP, était donné comme la personne-ressource au ministère.

En novembre 1997, M. Guité s'est vu confier des responsabilités administratives et un budget encore plus grand comme chef d'une entité nouvellement créée, du nom de Direction générale des services de coordination des communications (DGSCC). Cette dernière

reprenait certaines des responsabilités qui appartenaient antérieurement au Groupe Communications Canada, lequel se voyait privatisé, absorbait le SPROP et assurait le service de secrétariat pour le Comité des communications du Cabinet. Alors que quatre mois à peine s'étaient écoulés après que le Comité de vérification et d'examen avait eu connaissance des résultats de la vérification d'Ernst & Young, et en dépit du grief déposé contre M. Guité par son ancien agent d'achat, M. Cutler, le sous-ministre ne semble avoir eu aucune hésitation à accorder à ce même gestionnaire ce nouveau budget et ces pouvoirs contractuels accrus. M. Quail a déclaré dans son témoignage devant le Comité des comptes publics :

> . . . J'avoue ne jamais avoir pensé que c'était un document pertinent [la vérification d'Ernst & Young de 1996]. Nous étions intervenus, et nous avions mis cela de côté pour passer à autre chose. C'est aussi simple que cela[36].

À la décharge de M. Quail, il ne faut pas oublier qu'il jugeait la gravité des irrégularités mises en lumière par la vérification d'Ernst & Young sur la base de l'évaluation générale, dans l'ensemble favorable, et des assurances données dans le sommaire de 1996. Il n'avait aucune raison de douter des conclusions des vérificateurs. Toutes ces réponses aux questions indiquaient qu'il faisait confiance aux conclusions de cette vérification et pensait que les irrégularités résultaient de problèmes administratifs ordinaires. Il avait conscience également de la relation étroite entre M. Guité et ses maîtres politiques, de l'intérêt personnel du Premier ministre pour ce dossier et, semblait-il, respectait M. Guité à titre d'expert en matière de publicité. Il considérait manifestement qu'il n'y avait rien dans les résultats de ces enquêtes récentes qui justifiait d'empêcher M. Guité d'occuper ce nouveau poste et, de fait, vu l'expérience que celui-ci possédait déjà dans le domaine de la publicité et des commandites, que beaucoup d'atouts militaient pour lui.

1.6
La vérification interne de 2000

Ce n'est que lorsque le scandale qui a touché DRHC en 2000 a incité le Conseil du Trésor à exiger que tous les ministères vérifient leurs programmes de « subventions et contributions » que les activités de M. Guité en matière de commandites ont été jugées de nature suffisamment similaire à ce modèle pour qu'elles soient prises dans le filet d'une initiative de vérification horizontale.

La vérification interne qui a suivi, menée par la Direction générale de la vérification et de l'examen sous l'autorité de ceux qui avaient supervisé la vérification en 1996, avait pour mission d'examiner deux aspects du Programme de commandites : premièrement, le processus de prise de décisions quant à la conclusion d'ententes de commandite et, deuxièmement, le processus d'attribution de contrats à l'agence de distribution et aux agences publicitaires qui assuraient les services au cours d'événements commandités[17]. La vérification a commencé en février 2000 et s'est penchée sur 276 des 580 dossiers existants, sélectionnés en fonction du risque.

Les résultats ont révélé que ces dossiers comportaient des déficiences de nature très similaires à celles détectées quatre années plus tôt par Ernst & Young : manque de documentation, dérogation aux règles et directives du Conseil du Trésor, manque de transparence de la prise de décisions et optimisation douteuse des ressources[18]. Mais cette fois-ci, M. Steinberg a admis dans son témoignage au Comité des comptes publics que les résultats étaient à la fois « importants et inacceptables »[19].

Comme dans le cas de la vérification de 1996, c'est une ébauche préliminaire du rapport de vérification de 2000 qui exposait avec le plus de franchise les irrégularités découvertes. Mais surtout, elle mettait en parallèle ces constats avec le plan d'action recommandé par la vérification

d'Ernst & Young de 1996 et concluait que « rien n'indiquait que les responsables de la DGSCC aient pleinement mis en œuvre les recommandations de la vérification de 1996-1997 ». L'ébauche du rapport ne cachait pas l'opinion des vérificateurs selon laquelle cette négligence avait largement contribué à la perpétuation des irrégularités contractuelles découvertes et elle recommandait une vérification de suivi pour vérifier la bonne exécution un an après l'acceptation du rapport de 2000.

Curieusement, le rapport final sur la vérification de 2000 présenté au Comité de vérification et d'examen en août de cette année ne faisait nulle mention des conclusions du rapport d'Ernst & Young de 1996 ni d'un lien de cause à effet entre la non-exécution de ses recommandations et les irrégularités découvertes en 2000. Il ne signalait même pas que le plan d'action n'avait jamais été appliqué. Les témoignages lors de l'Enquête sur les commandites ont confirmé que les responsables de la Direction générale de la vérification et de l'examen ont pris la décision consciente de supprimer toute mention du rapport d'Ernst & Young antérieur. La raison en était qu'aucune vérification n'avait été faite qui puisse prouver que le plan d'action n'avait pas été suivi. Ainsi, le fait que les gestionnaires ont omis de faire un suivi des carences mises en lumière par une vérification a servi d'excuse pour passer sous silence ces résultats antérieurs dans le rapport d'une seconde vérification. C'était là une illustration tellement typique de la technique bureaucratique « du parapluie » qu'elle aurait mérité son propre épisode de *Yes Minister* mais, s'agissant du but véritable d'une vérification interne, elle représentait aussi une abdication d'intégrité. Par conséquent, le ministre de TPSGC, l'honorable Alfonso Gagliano, lorsqu'il a été informé des résultats de la vérification de 2000, n'avait aucun moyen de savoir qu'une vérification similaire avait été effectuée quatre ans plus tôt, laquelle avait révélé des irrégularités tout aussi graves, et que les mesures destinées à remédier à ces carences n'avaient jamais été appliquées.

Dans la même veine que le ton et les termes employés dans le rapport de 1996, le rapport de 2000 faisait état d'irrégularités, que les auteurs présentaient comme étant de nature « administrative ». De fait, Denis Desautels, ancien vérificateur général du Canada et expert en la matière, considère que

> [Traduction] les conclusions qu'ils ont tirées pourraient se retrouver dans pratiquement toutes les vérifications : « n'a pas totalement respecté l'esprit. . . processus subjectif. . . ne garantit pas la transparence des décisions. . . » Ce qu'ils disent n'est guère utile; ils ont employé des termes très neutres qui ne reflètent pas le caractère réellement anormal de la situation »[40].

Il semble évident qu'en dépit de l'ampleur des irrégularités découvertes, le rapport voulait délibérément en minimiser la gravité et donner l'impression que les fautes relevaient davantage de l'erreur d'écriture que de la gabegie flagrante. Comme la vérification précédente, le rapport a été remis au Comité de vérification et d'examen avec un plan d'action en 27 points visant à remédier rapidement à ces maux « administratifs ».

Il n'est pas clair si des assurances ont de nouveau été données par les vérificateurs qu'il n'y avait pas de gains ou d'avantages personnels associés à ces irrégularités. Selon le ministre, M. Gagliano, elles ont été proférées. Il dit avoir gardé le souvenir suivant de cette assurance donnée par M. Steinberg :

> J'ai fait quelques pas dans mon bureau et je suis revenu, et ma première question c'était : « Est-ce que je dois appeler la police? » Et la réponse était : « Non. Il n'y a pas d'action criminelle. C'est seulement une mauvaise gestion des dossiers, etc. ». Et là, on nous proposait un plan d'action et on a discuté du plan d'action »[41].

Toutefois, M. Steinberg a gardé un souvenir différent des événements. Dans son témoignage au Comité des comptes publics, il a déclaré qu'il était :

> . . . profondément perturbé par la perception que nous aurions qualifié ces problèmes de problèmes administratifs. À mon avis, il s'agit de carences importantes et inacceptables. Je n'ai jamais utilisé le terme « administratif », pas plus que je ne le ferai maintenant puisqu'il s'agit de manquements sérieux en matière de gestion[47].

Quelle que soit la vérité, une sensibilité accrue à ces affaires s'était emparée des milieux officiels à Ottawa à la suite des retombées du scandale à DRHC, et le Programme de commandites commençait à susciter un certain intérêt de la part des médias. Daniel Leblanc, du *Globe and Mail*, avait déposé une demande d'accès à l'information au ministère, dans laquelle il demandait tous les dossiers relatifs aux commandites de la période 1994-1995. Les hauts fonctionnaires de TPSGC savaient que c'était la période que la vérification de 1996 avait couverte et que le sommaire de ce rapport, bien qu'ayant considérablement atténué l'ampleur réelle des irrégularités découvertes, pourrait facilement être obtenu par une demande d'accès à l'information, tout comme le rapport de 2000. Même si toute trace d'un lien entre les deux avait été expurgée de la version officielle du second rapport, il était peu probable qu'un journaliste fouineur ne finisse pas par relier entre eux les pointillés et à repérer les irrégularités qui continuaient à marquer ce programme politiquement délicat.

Enfin, l'Opposition officielle et les députés du caucus gouvernemental eux-mêmes commençaient à poser des questions sur les commandites. Bien qu'initialement présenté comme un moyen de promouvoir les programmes gouvernementaux dans tout le Canada, il devenait de plus en plus clair aux yeux des députés libéraux que la plus grande partie de ce fonds bien doté allait à des événements au Québec, et des pressions commençaient à être exercées sur le ministre et ses

collaborateurs pour qu'ils distribuent ces largesses au-delà des frontières du Québec.

Vu les sensibilités accrues à ce stade, les résultats de cette vérification ne pouvaient plus être glissés sous le radar du Conseil du Trésor ou du Bureau de la vérificatrice générale, qui a ouvert sa propre enquête sur trois contrats publicitaires alloués à l'agence Groupaction. Bien que les irrégularités aient été expliquées dans les termes les plus bénins, l'ambiance de l'époque a fait que les conclusions de cette vérification ont connu un retentissement certain. Le clou avait fini par se détacher du fer.

1.7
La période postérieure à la vérification de 2000

La Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC a effectué un examen de suivi de la DGSCC comme l'exigeait le plan d'action, mais six mois plus tard que prévu. Le délai était attribuable au fait que nombre des mesures du plan d'action ne pouvaient être mises en œuvre qu'au début du nouvel exercice, le mois d'avril suivant. La DGSCC avait alors été déjà dissoute et ses responsabilités transférées à une entité nouvellement créée au sein du ministère, appelée Communication Canada. Chuck Guité était également parti à la retraite fin 1999. Son remplaçant était Pierre Tremblay, ancien chef de cabinet de l'honorable Alfonso Gagliano. Les résultats de la vérification de suivi, achevée en 2002, ont mis en évidence une amélioration considérable de la gestion des commandites : les 120 dossiers échantillonnés, sur le total de 323, contenaient une documentation adéquate, à de très rares exceptions près. Là encore, la vérification visait seulement à déterminer si tous les documents voulus figuraient dans les dossiers, elle ne suivait pas la trace de l'argent.

En mai 2002, la vérificatrice générale a présenté son Rapport spécial au Parlement dans lequel elle présentait les conclusions de sa vérification

des trois contrats de commandite passés avec Groupaction. L'annonce publique de ses observations, qui revenaient à condamner la gestion de ces commandites, ainsi que le renvoi de ces dossiers à la GRC, a déclenché un *malstrom* dans les rangs de l'Opposition et les médias.

Pour tenter de gérer l'information et équiper le ministre pour répondre à une Opposition outrée lors de la période des questions, ainsi que pour donner suite à la rafale de demandes d'accès à l'information pleuvant sur le ministère, une équipe d'intervention rapide (EIR) a été constituée, composée de fonctionnaires du ministère. Son mandat était d'examiner 126 des 721 dossiers de commandites de la période 1997-1998, tandis qu'un groupe distinct de Conseils et Vérification Canada (CVC), organisme gouvernemental spécialisé dans tous les aspects de l'administration et de la vérification financière, a été chargé d'éplucher les 721 dossiers pour déterminer s'ils étaient complets et signaler les problèmes éventuels. C'est le résultat de ces dernières enquêtes, couplé sans aucun doute au rapport cinglant de la vérificatrice générale, qui a finalement convaincu les responsables de TPSGC de l'époque que le moment était venu de faire appel à des juricomptables.

L'enquête juricomptable a révélé à peu près les mêmes irrégularités que celles mises au jour en 1996 et 2000 mais, dans ce cas-ci, le potentiel de fraude et de corruption qu'elles comportaient ne pouvait plus être ignoré. Les conclusions étaient similaires à nombre des préoccupations soulevées par la vérificatrice générale dans son rapport de 2003, l'équipe ayant constaté des infractions à la *Loi sur la gestion des finances publiques* et aux politiques du Conseil du Trésor et du ministère, des surfacturations, des contrats insuffisamment concurrentiels, des variations suspectes de taux horaires, des déficiences dans la gestion des dossiers et maintes pratiques qui amenaient à s'interroger sur l'optimisation des ressources que le gouvernement avaient engagées dans ces événements commandités. Le Programme de commandites s'est rapidement transformé en cauchemar politique, un cheval sans

fer embaîlé dans la nuit, son cavalier périlleusement accroché aux rênes pour ne pas être désarçonné, la boue volant dans tous les sens, tandis que la meute de loups hurlante lancée à sa poursuite se rapprochait inéluctablement.

2 Comment expliquer un tel « défaut de soin »

Il apparaît clairement, même aux yeux de l'observateur profane, que la vérification interne, censée être un outil fiable de supervision du rendement et de la gestion financière dans l'administration publique, a été défaillante à plusieurs égards et a mal servi la haute direction de TPSGC tout au long de la sordide histoire du scandale des commandites. La question cruciale est « pourquoi »? Pourquoi un service de vérification voudrait-il altérer dans son rapport à la haute direction le message qui se dégage de ses propres conclusions? Quels facteurs culturels, institutionnels ou structurels ont-ils pu amener les comptables à éviter sciemment de scruter des activités qui représentaient un risque considérable pour le ministère? Était-ce en raison de l'incompétence, d'un mauvais jugement, de l'absence de mécanismes adaptés, ou bien d'autres facteurs environnementaux et culturels ont-ils conspiré à anéantir l'intégrité du processus de vérification?

2.1 Compétence et jugement

Pour reprendre le mot d'Arthur Kroeger : « Le jugement, c'est comme l'électricité : difficile à décrire mais très évident en cas de panne ». Il est parfaitement concevable qu'à des moments critiques de l'histoire de la vérification du Programme de commandites, les responsables des décisions cruciales quant au moment où il convenait ou ne convenait pas de procéder à une vérification se soient tout simplement trompés. La Direction générale de la vérification et de l'examen de TPSGC a reçu le premier signal d'alarme en 1995, lorsque la directrice adjointe Julie Ginley est tombée sur des problèmes au niveau de la transparence

des contrats publicitaires et des prix excessifs et a recommandé une vérification. L'équipe de vérification a exercé son jugement en choisissant de ne pas donner suite à cette recommandation. Une décision similaire d'exclure le SPROP de la liste des activités vérifiées a été prise de nouveau l'année suivante.

De même, lorsque le SPROP ne pouvait plus être ignoré après les allégations de M. Cutler, les vérificateurs ont pu tout simplement croire en la version des événements de M. Guité et considérer l'agent des approvisionnements comme un trouble-fête rancunier. La vérification d'Ernst & Young a pu être décidée comme un exercice de pure forme visant seulement à satisfaire à l'obligation ministérielle de donner suite, mais sans que l'on s'attende réellement à découvrir de sérieux méfaits. La lettre de M. Steinberg à M. Stobbe, citée plus haut, semble certainement confirmer cette théorie, mais elle met aussi en doute la compétence et le jugement du vérificateur lorsqu'il s'est agi d'évaluer le scénario entourant les allégations et de choisir l'outil de vérification approprié. Les réponses que l'on obtient dépendent des questions que l'on pose et, en ce sens, le responsable de la vérification jouit d'une grande latitude au moment de définir le type et la portée des enquêtes.

2.2
La politisation de la vérification interne

Selon le professeur Denis Saint-Martin, la réticence des membres de la Direction générale de la vérification et de l'examen à sérieusement examiner les activités du SPROP pourrait bien s'expliquer par ce qu'il appelle la « politisation structurelle » de la fonction publique[11]. Selon cette thèse, l'administration fédérale ne resterait pas neutre face aux menaces à l'intégrité du pays, comme celle que représentait la quasi-victoire des séparatistes au référendum du Québec de 1995. Comme l'écrit M. Saint-Martin :

> . . . il n'est pas exagéré de dire que, en tant que valeur, la promotion et la défense de l'unité nationale constituent une partie importante de ce que l'on pourrait appeler le « code génétique » de la fonction publique canadienne[37].

Si la théorie de M. Saint-Martin est juste, ce « code génétique institutionnel » qui pousse les fonctionnaires à protéger l'unité nationale à tout prix devait se trouver sollicité à l'extrême dans l'atmosphère politiquement chargée de la période post-référendaire. La déclaration de M. Guité voulant que « les règles ne s'appliquaient pas » à lui ou à son service revêt une coloration nouvelle dans le contexte de cette « cause politique supérieure ». Alors que ses paroles, séparées de ce contexte, paraissent traduire un mépris arrogant et inacceptable de toutes les normes de l'administration publique responsable, dans le contexte de l'époque, dans son propre esprit et celui de ses maîtres politiques, cette attitude était pleinement justifiée par la nécessité de vaincre les séparatistes à n'importe quel prix. S'il fallait enfreindre des règles pour accomplir cet objectif supérieur, c'était là un « dommage collatéral » d'importance négligeable vu le grand péril qui menaçait l'État canadien. Comme le fait remarquer M. Saint-Martin, depuis que le scandale a éclaté, M. Guité a « joué à fond la carte patriotique » pour expliquer son comportement et n'a cessé de justifier son mépris des règles contractuelles par le fait que le gouvernement fédéral était « en guerre avec les séparatistes »[38]. Même le Premier ministre Chrétien semblait se faire l'écho de la justification de M. Guité lorsqu'il a minimisé la gravité du gaspillage comparativement au coût de l'éclatement du pays. Un journaliste du *Globe and Mail*, Daniel Leblanc, cite ce propos de M. Chrétien lors d'une interview :

> Peut-être quelques millions ont-ils été perdus en route, mais combien de millions et de millions ont été épargnés parce que nous avons pu rétablir la stabilité au Canada et protégé l'unité du pays[39] ?

Est-ce que cette « politisation institutionnelle » peut expliquer la réticence de la Direction générale de la vérification et de l'examen à pleinement explorer ou divulguer les irrégularités ayant cours dans le domaine de M. Guité? Ses décisions ont-elles été influencées par un parti pris politique qui admettait la nécessité d'expédients afin de sauver le pays? En tout cas, l'affirmation de M. Guité, selon laquelle les règles ordinaires de passation des marchés n'étaient pas praticables dans le contexte d'une crise nationale et donc ne s'appliquaient pas à lui, n'a pas été sans résonner dans l'esprit du chef de la vérification, Norman Steinberg. On en voit une manifestation dans une des premières notes de service de M. Steinberg au SMA Jim Stobbe, où il dit que « les règles elles-mêmes peuvent être défectueuses » pour expliquer les irrégularités découvertes au SPROP. Une alliance philosophique des fonctionnaires avec la cause de M. Guité pourrait également expliquer la conclusion apparemment prématurée des vérificateurs voulant que les erreurs étaient de nature entièrement administrative et ne trahissaient pas une corruption. Dans un contexte où M. Guité était perçu par ses collègues comme un soldat patriote bataillant pour sauver le Canada, il aurait semblé aux vérificateurs excessivement pointilleux et inconvenant de mettre en doute ses motifs ou d'enclencher une vérification juricomptable alors que l'avenir même du pays était en jeu.

Alors que d'autres facteurs propres à la culture de la fonction publique peuvent également avoir été en jeu, le concept de la politisation bureaucratique aide aussi à expliquer pourquoi la Direction générale de la vérification et de l'examen et les gestionnaires supérieurs avaient apparemment si peu de sympathie pour le sort du « dénonciateur », Allan Cutler. Vu à travers le prisme de la théorie de M. Saint-Martin, Allan Cutler était peut-être perçu par la hiérarchie davantage comme un « traître » à la cause de l'unité nationale que comme un fonctionnaire droit et courageux. Son obsession du respect des règles et des procédures pouvait être jugé malvenue à la lumière des circonstances politiques.

La condamnation de M. Cutler par M. Guité, qui lui reprochait de ne pas être « un membre de l'équipe », et le fait qu'il ait pu déclarer son poste excédentaire sans rencontrer apparemment nulle opposition, semble confirmer que M. Cutler était un objet de mépris pour ses collègues et la hiérarchie de TPSGC, considéré comme étant incapable de « coopérer au programme » face à une urgence nationale.

2.3
L'effet de l'ingérence politique

Néanmoins, il est entièrement possible que la raison pour laquelle les vérificateurs ont ignoré M. Guité ou se sont effacés devant lui n'ait rien à voir avec la ferveur patriotique. Il est fort probable que la réticence des vérificateurs de TPSGC à secouer le géant endormi en leur sein ait été simplement une manifestation classique de l'instinct bureaucratique qui consiste à s'effacer devant le pouvoir politique et à ne pas se mettre en travers du chemin des maîtres politiques. Le caractère semi-clandestin de la boutique de M. Guité, les liens directs et inhabituels qu'il avait avec le niveau politique et dont il se vantait, l'impunité apparente avec laquelle il se comportait, son mépris des règles sanctionné, voire orchestré, par le niveau exécutif, tout cela représentait un message qui ne pouvait échapper à un fonctionnaire prudent de ne pas s'aventurer dans cette zone. La tendance des bureaucrates à la déférence, la complicité et, parfois, la servilité face au pouvoir politique pouvait facilement expliquer pourquoi les vérificateurs ont détourné le regard de façon répétée, délayé le texte des rapports, ignoré la non-exécution par M. Guité de son plan d'action et évité de manière générale, dans toute la mesure du possible, tout contact avec le petit groupe connu sous le sigle SPROP.

On ne pouvait guère leur reprocher cet immobilisme. La décision de vérifier ou non les comptes d'un service est discrétionnaire. Il y a toujours assez de secteurs avec un niveau de « risque » notable chaque

année sans que les vérificateurs aient à contrarier intentionnellement les divinités politiques en harcelant leurs favoris avec des enquêtes intempestives. Les premières années, cette répugnance pouvait bien avoir été instinctive. Après 1996, une fois la dépouille d'Allan Cutler proverbialement clouée à la porte de la grange, tout leur indiquait que leurs instincts avaient été bons. « Ils avaient peur de lui »[47], a dit un ancien sous-ministre. Même les plus hauts fonctionnaires ont reçu l'avertissement de laisser tomber. Lorsque, après les allégations de M. Cutler, le SMA Jim Stobbe a voulu s'intéresser de trop près à ce qui se passait au SPROP, la résistance de l'immeuble Langevin a pris la forme d'un appel du greffier adjoint du Bureau du Conseil privé, M. Ron Bilodeau, au sous-ministre Ranald Quail, lui enjoignant à toutes fins pratiques d'empêcher M. Stobbe de poser des questions sur le Programme de commandites[48]. Le ministère avait bien reçu le message, implicite ou explicite, qu'il ne fallait pas se frotter à M. Guité. Les décisions de la Direction générale de la vérification et de l'examen pourraient bien n'avoir été qu'un reflet de cette interprétation.

Cette façon de voir expliquerait aussi la réticence des vérificateurs à accueillir les révélations de M. Cutler. D'un côté, la détestation dans laquelle la bureaucratie tient les dénonciateurs n'est pas nouvelle. Alors qu'il peut sembler paradoxal que les fonctionnaires qui font preuve de la plus haute déontologie professionnelle en osant dénoncer les méfaits ou la corruption gouvernementale soient calomniés par leurs collègues, c'est pourtant ce qui se passe le plus souvent. Comme Brian MacAdam, un ancien diplomate de carrière et témoin expert devant le Comité des comptes publics, l'a dit lors de sa comparution :

> La réaction typique des bureaucraties aux mauvaises nouvelles est de tirer sur le messager : si le problème est survenu dans mon ministère ou ma division, c'est mauvais pour ma réputation, et « pas de nouvelle, bonne nouvelle »[49].

Il y a aussi, sans aucun doute, une réaction naturelle de défense de la part de la Direction générale de la vérification et de l'examen face aux révélations d'un fonctionnaire. Par leur divulgation, les dénonciateurs montrent que la vérification interne n'a pas fait son travail. On a là un renversement des rôles traditionnels qui est très mal reçu, puisque ce sont les vérificateurs eux-mêmes qui subissent les conséquences négatives lorsque quelqu'un est « pris la main dans le sac », plutôt que l'inverse. Une fois la révélation faite, un service de vérification doit retracer les faits divulgués, appuyer les efforts déployés par les instances supérieures pour endiguer et contrôler les dégâts, et travailler avec les responsables pour remédier à la situation. Cela représente une crise pour un service de vérification, une tâche extraordinaire et hautement délicate qui doit être gérée avec les ressources disponibles ou pour laquelle il faut aller chercher des fonds ou des ressources spéciaux. Dans le cas des allégations de M. Cutler, cela signifiait également que la Direction générale de la vérification et de l'examen ne pouvait plus fermer les yeux sur le SPROP. Elle se voyait contrainte d'asticoter le géant endormi. Il n'est pas surprenant qu'elle ait choisi pour ce faire le bâton le plus petit et le moyen le moins douloureux — en fait, elle a carrément confié le bâton à quelqu'un d'autre, pour jouer ensuite le rôle de bouclier lorsque la pointe sondait trop près de la vérité. Elle était ainsi devenue l'alliée du géant et a peut-être ainsi été épargnée par sa colère. Cela expliquerait aussi pourquoi les vérificateurs n'ont rien fait pour protéger M. Cutler contre les représailles ultérieures de M. Guité.

2.4
L'influence de la culture de vérification

Ce serait une erreur que de penser que tous les vérificateurs internes remplissent leurs fonctions sans aucun préjugé ou, dans certains cas, sans poursuivre leurs objectifs propres. Alors qu'ils sont nombreux à remplir leur tâche d'une manière professionnelle et objective, il ressort de nos discussions avec des hauts fonctionnaires[30] que la culture de

vérification interne est elle-même devenue, à certains égards et à des degrés variables, une entrave majeure à son bon fonctionnement. Les administrateurs ont l'impression que les vérificateurs n'abordent plus leur travail de la manière objective, clinique, qu'exige la théorie pure de la vérification interne, mais qu'ils sont plutôt imprégnés par un ensemble d'attitudes, de philosophies et d'objectifs qui faussent et entravent le processus. Au premier plan figure ce que l'on a qualifié de mentalité du « je te tiens », qui fait que de nombreux audits sont marqués par le désir de trouver quelque chose, n'importe quoi, qui permette de blâmer la direction. Cette étroitesse d'esprit conduit souvent à ce que l'on appelle une « dérive de mission » — la tendance des vérificateurs à déborder au-delà de la portée et des méthodes prescrites dans leur énoncé de mission et d'examiner d'autres aspects qu'ils jugent plus stimulants et pour lesquels ils ont un plus grand penchant philosophique et (ou) éducationnel. Cette mentalité de « fouinage » manifesterait le désir du vérificateur de ne jamais rentrer bredouille. Le temps que passent les gestionnaires à négocier le texte résultant de cette dérive serait, selon l'un d'eux, « incroyable »[51].

Les méthodes de travail choisies par les vérificateurs peuvent également être inadaptées aux nouvelles techniques de gestion. Ainsi, des programmes sont évalués par rapport à des normes qui ne sont plus pertinentes ou qui ignorent les changements légitimes intervenus dans la pratique administrative. Un ancien SMA a décrit cette situation en ces termes :

> [Traduction] Le Bureau de vérification interne n'a pas considéré sa mission de vérification des subventions et contributions comme une tâche nouvelle et exigeant de ce fait des méthodes taillées sur mesure. Les vérificateurs ont simplement considéré cette vérification comme un prolongement des vérifications similaires effectuées dans la passé. Alors que les programmes avaient changé, les normes de vérification sont restées immuables . . . [52]

Que cette intransigeance des vérificateurs soit intentionnelle ou simplement le résultat d'un manque de synchronisation entre l'évolution des méthodes comptables et celle des techniques de gestion importe peu. Le résultat est un choc inévitable des cultures, une accumulation de frustrations et de ressentiment de part et d'autre, qui galvanise l'antagonisme et corrode l'efficacité et l'efficience de la vérification en tant que fonction de soutien de l'administration.

Un autre aspect culturel de la vérification a souvent été cité par les gestionnaires. Il s'agit du phénomène appelé « arrogance des vérificateurs », attitude encouragée par la croyance des vérificateurs qu'ils sont « intouchables » parce qu'ils échappent à l'autorité de la direction et constituent de ce fait une force omnipotente. Cette arrogance se manifeste également dans ce que l'on appelle parfois la « rhétorique comptable »[53], penchant des vérificateurs à pontifier quant aux implications potentielles de leurs constats au lieu de limiter leur rapport à une évaluation clinique. La volonté de la direction de s'en tenir aux simples faits se heurte ainsi parfois à la prédilection des vérificateurs d'accompagner leurs constats de commentaires plus colorés qui peuvent surimposer à leurs résultats une coloration ou une interprétation qui n'est pas nécessairement justifiée par les faits et qui, dans tous les cas, outrepasse leur mandat. David Good pense que leurs fonctions devraient plutôt être marquées par ce qu'il appelle « l'humilité comptable »[54], approche conservatrice qui débarrasserait leurs rapports de vérification de commentaires journalistiques et pompeux et limiterait la présentation des résultats à une analyse strictement clinique du programme examiné[55].

Il existe aussi des facteurs institutionnels qui influencent la culture de vérification et peuvent affecter le comportement tant des membres de l'équipe de vérification que des gestionnaires qu'ils servent et altérer leur comportement. Dans un système hiérarchique comme celui de la fonction publique, où le salaire, les statuts et les privilèges, tels que la taille de son bureau, son ameublement, le droit à un stationnement ou

même à une fenêtre, sont fondés sur des niveaux et des classifications à l'intérieur d'un ordre social rigide, il existe une déconnexion fondamentale entre, d'une part, l'autorité, l'autonomie et le pouvoir des vérificateurs et, d'autre part, leur classement réel à l'intérieur du système bureaucratique. Si les chefs des services de vérification sont généralement classés dans la catégorie des cadres supérieurs et une poignée parmi les membres les plus titrés sont rangés dans le groupe d'agents financiers ou « FI », la majorité des fantassins de la vérification interne appartiennent au groupe « AS », classification qui indique que leurs fonctions sont de nature administrative ou secrétariale, c'est-à-dire subalterne. La tendance humaine naturelle pour ceux de rang inférieur est de chercher à grimper d'un cran ou deux dans la hiérarchie, ou du moins à ébranler les titans au-dessus d'eux. On ne peut négliger non plus le mépris de cadres contraints de négocier sur des affaires sérieuses avec des inquisiteurs placés loin en dessous d'eux dans la hiérarchie.

Vu à travers ce prisme, la vérification interne apparaît comme une subtile guerre des classes où les vérificateurs de rang subalterne se retrouvent, comme dans un conte, investis de pouvoirs magiques qui leur permettent de contrarier les ambitions de leurs supérieurs et où les mandarins, par réaction, cherchent à circonscrire et limiter l'étendue de ces pouvoirs. Cet antagonisme sur fond de statut s'exprime à différents niveaux, selon la culture de chaque ministère, et explique peut-être pourquoi certains sous-ministres ne passent guère de temps face à face avec les chefs de la vérification et exigent qu'ils présentent leur rapport à un niveau plus approprié, alors que d'autres leur accordent tout le temps voulu. Cela peut également éclairer les origines de la relation du « chat et de la souris » qui parfois s'établit entre les vérificateurs et ceux qu'ils vérifient et la ferveur avec laquelle certains enquêteurs pratiquent le jeu du « je te tiens ».

Le statut professionnel relativement inférieur des vérificateurs ministériels peut également exercer quelque influence sur le type de

personnalité, le niveau de formation et la compétence de ces fonctionnaires. Contrairement au secteur privé, où un passage assez long dans la vérification interne est une condition impérative pour quiconque ambitionne les plus hauts postes, la fonction publique n'exige pas une telle expérience de ses futurs dirigeants. Aussi, les plus doués et les plus intelligents contournent l'étape de la vérification interne dans leur course vers le sommet, si bien que maints gestionnaires supérieurs ignorent à peu près tout de cette fonction et de son utilité. De même, alors que beaucoup de vérificateurs exercent cette profession par choix, les services de vérification interne ont également la réputation d'être un bassin de retenue des médiocres, un réservoir où sont relégués ceux qui n'ont pas la capacité d'atteindre des fonctions supérieures et où ils restent à macérer dans leur ressentiment professionnel.

Tous ces facteurs viennent se conjuguer dans ce qui devient de plus en plus une « société de la vérification ». Les gestionnaires me disent qu'ils accepteraient volontiers les résultats des évaluations si elles étaient faites par des professionnels compétents et objectifs, adoptant une approche clinique et concevant les vérifications dans la seule intention de détecter des lacunes dans la gestion des programmes ou des irrégularités financières. Cependant, la combinaison de préjugés philosophiques, de méthodes douteuses, de la dérive des missions, de la mentalité du « je te tiens » et, parfois, de l'incompétence crasse dont font preuve les vérificateurs signifie que des heures précieuses sont gaspillées à tous les niveaux pour négocier la formulation et la véracité des rapports. Cette dynamique peut conduire à des relations antagonistes plutôt que collégiales et, à l'occasion, à des animosités personnelles entre vérificateurs et gestionnaires. Lorsque cette dynamique est enclenchée, comme c'est apparemment souvent le cas, la vérification devient une arme dans les luttes intestines, un affrontement entre les « vérificateurs et les faiseurs » qui inflige de graves inefficiences à l'appareil gouvernemental et empoisonne l'atmosphère des ministères et le moral des fonctionnaires.

À première vue, cette analyse de la culture de vérification semble anéantir la théorie selon laquelle les vérificateurs de TPSGC auraient manqué de vigilance dans leur poursuite de M. Guité. Elle signifierait que les renseignements dévoilés à Mme Ginley en 1994 auraient été comme du sang pour la meute et auraient lancé les vérificateurs sur la piste avec pour seule idée de débusquer les méfaits. Le fait que cela ne soit pas arrivé doit également être considéré comme instructif. Pourquoi les vérificateurs n'ont-ils pas flairé le gibier? Était-ce en raison de leur sympathie pour la cause fédéraliste, d'une ingérence politique, d'un manque de perspicacité?

Une autre explication, aussi simpliste soit-elle, doit être envisagée : les vérificateurs avaient peut-être tout simplement beaucoup de sympathie pour Chuck Guité et étaient donc portés à le croire. De l'avis de tous, il sait être un homme charmant et persuasif, peut-être même un exemple du type de gestionnaire que le professeur Hare de l'Université de la Colombie-Britannique appelle un « psychopathe d'entreprise ». Selon ce professeur, ce sont là des personnes « impitoyables, manipulatrices, superficiellement charmantes et impulsives — les traits de caractère même qui les portent à ces postes administratifs supérieurs »[56]. Même en face de toutes les preuves alléguant des manquements graves et une possibilité de corruption de sa part, M. Guité était presque crédible lorsqu'il professait son innocence dans les diverses enquêtes auxquelles il a témoigné. Se pourrait-il que les vérificateurs, comme tant d'autres à tous les niveaux de l'État, se soient simplement laissé persuader par son charme et sa conviction?

2.5
« Qui a lâché les chiens? » : les conséquences de l'accès à l'information sur la vérification interne

La caractéristique première d'une vérification interne est précisément d'être interne. Ces « instantanés » dans le temps sont censés fonctionner,

bien ou mal, comme outil confidentiel de gestion pour l'usage et l'édification des responsables. Au cours des 20 dernières années, toutefois, ce principe fondamental de la vérification interne a dû céder le pas au désir des gouvernements d'une plus grande transparence. Une manifestation de cette philosophie a été la promulgation en 1983 de la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI) qui permet à quiconque de demander copie de tous les documents gouvernementaux, sous réserve du secret du Cabinet et de la protection de la vie privée.

L'aspect « interne » de la vérification interne a été emporté par ce mouvement vers la transparence dans la mesure où tous les documents de travail et rapports sont maintenant accessibles en vertu de la LAI. À la fin des années 90, le Conseil du Trésor est même devenu plus proactif à cet égard, exigeant que tous les ministères affichent des résumés de leurs rapports de vérification interne dans leur site Internet ou les transmettent au Conseil du Trésor pour affichage.

Bien que ces efforts de transparence de l'administration publique soient louables, ils entraînent des effets notables sur la vérification « interne » et les résultats ne sont pas toujours entièrement positifs, ni pour les ministères ni pour le public. Cela tient à plusieurs raisons, parmi lesquelles la nature technique des vérifications et, ce qui ne surprendra pas, la sensibilité de l'information contenue dans ces rapports.

À cela s'ajoute ce que l'on a appelé le « fossé des attentes »[57] qui sépare ce que le public attend d'une vérification — la détection de fraude — et ce que la vérification apporte effectivement : une opinion sur les états financiers faisant intervenir la notion que les comptes sont « exacts et fidèles »[58]. Ce décalage est encore exacerbé par l'application du terme « vérification » à toutes sortes de contrôles, en sus des audits financiers, tels que les vérifications de rendement, les vérifications d'optimisation des ressources, les vérifications de gestion, les vérifications de « systèmes en développement », les vérifications de conformité et les vérifications

environnementales. Comme David Good le fait remarquer, la vaste majorité de ces nouvelles fonctions ont très peu de choses à voir avec les fonds publics[59], mais une distinction entre ces études et les audits financiers est rarement reconnue dans la sphère publique.

L'idée que les vérifications portent toujours sur des aspects financiers a son origine dans la haute visibilité du rapport annuel que le vérificateur général dépose au Parlement, et est renforcée par elle. Là encore, la différence entre les objectifs de ces vérifications externes et ceux d'une vérification interne est mal comprise. Comme l'explique David Good :

> [Traduction] Le client de la vérification interne est le ministère, plus particulièrement ses gestionnaires et son sous-ministre. Le client de la vérification externe est le Parlement et, par extension, le contribuable. Le chef du Bureau de vérification interne, du point de vue fonctionnel, est placé sous l'autorité du sous-ministre. Le vérificateur externe — le vérificateur général — est un mandataire du Parlement et, plus précisément, du Comité des comptes publics. Il ne fait pas rapport au gouvernement. Les vérifications internes sont remises aux gestionnaires ministériels et sont normalement rendues publiques sans grande fanfare ou affichées dans le site Internet du ministère. Les vérifications externes sont déposées trimestriellement à la Chambre des communes, par l'intermédiaire du Président de la Chambre, de manière hautement visible . . . avec un cérémonial comprenant une communication préalable à huis clos aux médias. Le vérificateur général donne des interviews aux médias, qui parlent abondamment de sa vérification externe . . . La vérification interne prend parfois la forme d'un examen de « systèmes en développement », qui fournit aux gestionnaires des résultats d'abord immédiats puis en continu afin que les programmes puissent être modifiés et adaptés au fur et à mesure de leur mise en place. La vérification externe produit normalement un rapport final qui isole les améliorations nécessaires après la mise en œuvre du programme[60].

Comme le démontre l'explication ci-dessus, il existe une différence qualitative dans l'intention de chacun des deux processus. La vérification interne est destinée à fournir aux gestionnaires des instantanés périodiques du fonctionnement routinier du ministère; la vérification externe constitue un bulletin de notes final sur le rendement du ministère à l'intention du Parlement et du public canadien. La première représente un outil de gestion, la seconde un outil de reddition de comptes au Parlement et au public. Toutefois, la différence est de nature technique et n'est pas facile à comprendre pour le citoyen moyen.

Il ne serait pas surprenant de découvrir que les ministères, et particulièrement les sous-ministres, aient un fort intérêt à ce que les conclusions du vérificateur général soient présentées sous le meilleur jour possible, étant donné la haute visibilité de ces rapports. Aussi, « des négociations longues, difficiles et pointilleuses sur les faits et les interprétations se déroulent souvent au niveau le plus élevé »[61]. Ainsi que peut l'attester l'ancien vérificateur général Denis Desautels, de fortes pressions sont régulièrement exercées sur les vérificateurs afin qu'ils modifient ou atténuent le libellé de leurs rapports lorsque des constats défavorables sont tirés. La raison de cette intransigeance est évidente : aucun ministère ne souhaite que le rapport du vérificateur général mette dans l'embarras le ministre ou le gouvernement. Le cauchemar de chaque sous-ministre est que la gabegie dans son ministère fasse les grands titres de la presse nationale. Tant leur réputation personnelle que celle de leurs maîtres politiques dépend d'une appréciation généralement favorable de la gestion financière du ministère. Aussi les négociations sont-elles âpres et longues, leur résultat constituant un enjeu très important pour les ministères concernés.

Cela dit, il faut savoir que la faculté des ministères d'influencer le texte du vérificateur général, aussi grands soient les efforts déployés, reste du domaine de la persuasion. En tant que mandataire du Parlement dont l'indépendance est garantie, le vérificateur général n'a nulle obligation de négocier avec quiconque la teneur de son rapport; les sous-

ministres n'ont nul pouvoir d'exiger ou d'imposer des changements au texte d'un rapport du vérificateur général. La seule raison qu'a le Bureau du vérificateur général d'engager un tel dialogue est d'assurer l'exactitude des faits et de veiller à ce que ses conclusions reflètent fidèlement la réalité. C'est un geste de courtoisie, ainsi qu'un acte de prévention d'erreurs et d'oublis éventuels dans son propre travail de vérification. Toutefois, cela reste une convention, non une obligation.

Avant la *Loi sur l'accès à l'information*, les rapports de vérification interne n'étaient jamais rendus publics. En tant que documents internes et confidentiels, les conclusions ne regardaient personne d'autre que le sous-ministre et d'autres hauts fonctionnaires ministériels. Les négociations entre vérificateurs et gestionnaires sur le libellé, la portée et le résultat n'importaient que dans la mesure où il s'agissait d'en assurer l'utilité sur le plan de l'évaluation des éléments de risque et de la détection d'écarts et d'irrégularités. La supervision exercée sur le processus de vérification interne par les organismes centraux, particulièrement le Bureau du contrôleur général ou le Conseil du Trésor, a grandement varié dans le temps, mais même cet examen externe limité restait sous le boisseau gouvernemental — une affaire confidentielle entre le ministère et l'organisme central.

Tout a changé lorsque la *LAI* a ouvert la porte à la divulgation publique de ces rapports internes. Le gouvernement n'a pas prévu que le public serait incapable de comprendre et de faire la distinction entre les divers types de vérifications internes et externes ni que les médias et l'Opposition exploiteraient ce malentendu pour leurs propres fins professionnelles ou partisanes. Dans le même temps, cela ne devrait être une surprise pour personne, étant donné la nature des hommes et des administrations, que le déballage en public du linge sale ministériel donne lieu à des tentatives de blanchissement. Les négociations sur la formulation et les conclusions entre gestionnaires et administrateurs ont encore gagné en intensité, et on a même vu dans le cas de la

vérification des commandites un effet d'autocensure par les vérificateurs eux-mêmes. L'objectif brut de la vérification interne, soit d'être un outil contondant de contrôle, se voit contrarié par l'obligation plus générale des ministères de se protéger eux-mêmes et leur ministre contre les critiques publiques et, dans cet affrontement, la fonction administrative se voit inévitablement sacrifiée. Il en résulte une tendance accrue à brouiller les rapports de vérification interne, voire à en expurger carrément toute information dommageable. Les rapports sont rédigés en termes vagues et généraux qui ne permettent guère de faire la distinction entre les irrégularités réelles et substantielles et les vétilles et sont donc d'une utilité douteuse pour les cadres supérieurs ou les comités de vérification et d'examen qui en sont les destinataires ultimes.

On pourrait également argüer que l'obligation tacite des ministères de maîtriser la formulation de leurs rapports de vérification interne (à tous les stades de leur élaboration étant donné l'accès complet à tous les documents de travail qu'autorise la *LAI*) afin de prévenir tout ennui auto-infligé pour le ministre ou le ministère constitue une politisation inappropriée de la fonction. Cela impose aux gestionnaires et vérificateurs un rôle qui appartient plutôt au personnel politique des ministres qui ont pour mission première d'évaluer et contenir les retombées politiques des déclarations et activités ministérielles. L'impact de la *LAI* sur l'intégrité de la fonction de vérification interne est un problème qui, jusqu'à ce jour, n'apparaît nullement sur le radar de l'analyse théorique; cependant, étant donné le rôle que ce problème a joué dans les deux plus grandes affaires politiques du Canada au XXIe siècle, c'en est un qui mérite probablement une attention future.

2.6
La mise sous influence des vérificateurs contractuels : une étude de cas

Il est relativement facile aux ministères de « camoufler » des résultats de vérification interne politiquement significatifs ou dommageables dans

le texte de leurs résumés et rapports étant donné que la rédaction de ces documents est placée entièrement sous le contrôle du ministère. Mais ce camouflage, qu'il soit inspiré par la tension normale entre vérificateurs et administrateurs ou par le désir de protéger le ministère et le ministre, est quelque peu plus difficile à gérer lorsque des cabinets de consultants ou des vérificateurs contractuels sont engagés pour effectuer les vérifications internes.

Un exemple récent concernant un audit de sécurité du milieu de travail réalisé pour la Commission de la capitale nationale donne un aperçu intéressant de ce phénomène :

> [Traduction] Le contrat de 12 000 $ a été adjugé à Safety Projects International Inc., de Kanata, et portait sur environ deux semaines d'inspection directe. . . Il (l'expert-conseil Bill Pomfret) a produit un rapport de 32 pages, remarquable de par sa franchise et ses révélations embarrassantes. Mais le plus choquant restait à venir. La CCN lui a immédiatement renvoyé son rapport « alarmiste », lui ordonnant d'atténuer les termes et d'en expurger les opinions personnelles . . .[62]

L'expert, Bill Pomfret, a acquiescé à la demande de son client et réécrit le rapport en cherchant à se conformer aux vœux de la CCN. Néanmoins, le 1er octobre 2004, le conseiller en santé et sécurité de la CCN, Stéphane Trudeau, a écrit une note à M. Pomfret où il se disait toujours mécontent du ton du rapport :

> [Traduction] Après examen du document, et bien que nous appréciions votre effort pour en atténuer la formulation, nous restons mécontents du rapport. Il pèche par une absence de contextualisation qui le rend plus alarmiste qu'il ne devrait l'être[63].

M. Trudeau est allé ensuite jusqu'à donner à l'expert quelques conseils directs, tels que « tenez-vous-en aux faits; aussi, nous demandons que

vous supprimiez tous les commentaires personnels inutilement offensants . . . »[84] Parmi les exemples de commentaires « offensants » figuraient des déclarations telles que « Les résultats de cette évaluation de risque très élémentaire mettent en évidence de nombreux aspects des activités de la Commission qui ont été tout simplement mal gérés pendant des décennies »[85].

De toute évidence, de telles opinions n'étaient pas ce que le gestionnaire responsable souhaitait entendre ni ce que la CCN souhaitait voir tomber dans le domaine public. Alors que des efforts visant à atténuer le rapport puissent être moralement contestables dans un milieu clos, une telle action défensive devient beaucoup plus acceptable et légitimisée lorsque l'intérêt plus large de l'organisation est en jeu. Ce qui est intéressant, du point de vue du rôle de la vérification interne dans l'administration publique, c'est que la priorité donnée à la limitation préventive des dégâts devient un mécanisme pour légitimer tous les camouflages. L'objection éthique à la manipulation d'analyses objectives devient moins rigide. Le danger en l'occurrence, comme dans tout autre rapport neutralisé de cette manière, c'est que le tableau modifié devient la version officielle de la vérité et que toute évaluation de la gravité des infractions est évacuée. Les cadres supérieurs et les membres du Comité de vérification et d'évaluation, qui sont les destinataires ultimes de ces rapports mais qui ne participent pas au processus de négociation, en retirent le même message que tous les autres : que tout va bien, à l'exception de quelques irrégularités mineures.

2.7
La vérification interne : les enseignements du scandale de 2000 à DRHC

Si l'on se fie au « scandale » à DRHC, les fonctionnaires ont de bonnes raisons de craindre les conséquences potentielles de l'affichage des rapports de vérification interne. Désireux de prévenir une nuée de

demandes d'accès à l'information portant sur les résultats d'une vérification de conformité d'un programme de « subventions et contributions » connu sous le sigle LSPA, de nature particulièrement complexe et politiquement délicate, des hauts fonctionnaires de DRHC ont décidé de tenir une conférence de presse pour publier les conclusions. Cette décision était conforme à la volonté d'ouverture et de transparence du gouvernement mais reflétait aussi la nature politique du programme visé par l'enquête. Des questions avaient déjà été posées à la Chambre des communes et les médias avaient déjà flairé une affaire qui ferait les grands titres. L'idée était qu'avec une publication proactive, DRHC préviendrait tout soupçon que le ministère avait quoi que ce soit à cacher par rapport à ce qui était, en substance, un examen de la tenue de dossiers.

Comme le dit David Good dans son excellent ouvrage *The Politics of Public Management*, le résultat fut catastrophique. Le penchant du public et des médias à considérer chaque vérification comme une mise en cause de l'intégrité financière a fait que les résultats de cet examen administratif ont été immédiatement interprétés comme révélateurs d'une gabegie financière caractérisée. Les déficiences de la documentation révélées par la vérification de conformité ont été présentées comme la « dilapidation d'un milliard de dollars » et l'affaire a rapidement revêtu les dimensions d'un énorme scandale politique pour la ministre, Jane Stewart, et son ministère. Comme le rappelle l'auteur :

> [Traduction] « Un milliard de dollars perdus ». L'expression, aussi erronée soit-elle, frappait les esprits. Une vérification administrative de prime abord ennuyeuse fut « recontextualisée » pour devenir matière à des clips sonores et des gros titres racoleurs. En réalité, il n'y a pas eu d'argent perdu[66].

Pendant les 10 mois qui ont suivi, DRHC et les Libéraux ont été cloués au pilori par l'Opposition, les médias et le public. Un rapport du vérificateur général a fini par endiguer les attaques avec des conclusions

bien peu spectaculaires indiquant qu'à peine 85 000 $ sur le milliard « perdu » ne pouvaient être retracés, mais à ce stade, l'information ne changeait pratiquement plus rien puisque l'existence d'une gabegie caractérisée était fermement implantée dans l'esprit du public. Cette tempête dans un verre d'eau, largement alimentée par la profonde ignorance du public quant à la nature pluridimensionnelle des vérifications, constituait la preuve irréfutable des dégâts politiques pouvant être infligés par le « fossé des attentes » et son exploitation par les médias et l'Opposition.

> [Traduction] Aux yeux de la plupart des gens, une vérification est une vérification. On pense qu'elles portent directement sur l'argent. Or, dans le monde de la vérification, il existe tout un éventail de vérifications différentes, dont la plupart ne traitent pas directement d'argent . . . Étant donné la complexité de ces vérifications, il ne semble pas possible de les différencier d'une manière qui soit compréhensible, même pour ceux à l'intérieur de l'administration, et encore moins pour le profane[87].

Pour DRHC, l'affaire s'est rapidement muée en un scénario de type « quand avez-vous cessé de battre votre femme », qu'aucun plan de communications au monde ne pouvait plus démentir. Nul ne prêtait garde aux tentatives de mises au point de la ministre, Jane Stewart, et du Premier ministre, Jean Chrétien, pas plus qu'aux efforts ministériels de rectifier les perceptions. Comme l'explique l'ancien SMA :

> [Traduction] Les médias ont balayé les explications et les breffages des fonctionnaires ministériels comme étant trop compliqués, trop difficiles à comprendre et conçus simplement pour exonérer le Premier ministre. Dans un article sur un breffage technique des médias présenté par deux hauts fonctionnaires de DRHC, l'*Ottawa Citizen* a écrit qu'ils avaient été « dépêchés » par le Cabinet du Premier ministre pour rectifier les « malentendus factuels » et appuyer l'interprétation donnée par M. Chrétien[88].

Dans son analyse de l'affaire, M. Good critique particulièrement la presse, qu'il accuse d'avoir suivi un scénario préfabriqué dans lequel elle cherchait obstinément à faire entrer les faits en se souciant peu d'exactitude et de vérité. Si certaines de ses interprétations erronées peuvent certes être attribuables à la même méconnaissance fondamentale des vérifications que celle du grand public, M. Good a l'impression que sa rhétorique incendiaire procède de motifs moins innocents.

Il est intéressant de noter que, dans son chapitre sur les « leçons apprises », David Good conseille aux cadres dirigeants de « savoir ce qui sous-tend les vérifications internes et de contester leurs constats et leurs conclusions »[69]. Il conseille cette approche afin de faire en sorte que les rapports de vérification ne tombent jamais dans le domaine public chargés d'information pouvant être dénaturée ou « recontextualisée » d'une manière préjudiciable au ministère ou au gouvernement. Il semble encourager, par nécessité, la rédaction de rapports de vérification ayant pour première priorité de protéger le ministère face au public. Cela suppose, implicitement, de les épurer ou de les expurger de toute information ou conclusion susceptible de jeter une lumière défavorable sur les programmes ou les opérations. Toutefois, cela ne va pas dans le sens de l'objectif initial et plus légitime de la vérification interne, qui est de fournir à la haute direction une information exhaustive et franche sur l'état véritable de sa gestion, financière ou autre, et à ce titre, cela est révélateur de l'impact que la divulgation publique a exercé sur cette fonction administrative.

Paradoxalement, le résultat de l'accès public aux vérifications internes a donc été de diminuer leur fiabilité et leur utilité pour les gestionnaires, sans réellement offrir non plus au public une véritable fenêtre sur la fonction publique. Comme le fait remarquer Denis Desautels, il est légitime que les sous-ministres veuillent être les premiers informés des problèmes qui se posent dans leur ministère[70], et légitime aussi qu'ils puissent les rectifier dans le cours ordinaire de leur gestion sans être

trop exposés au regard du public et sans battage démesuré à l'extérieur. Concrètement, la LAI a transformé chaque vérification interne en reddition de comptes externe. Il en résulte un abâtardissement du rôle qui comporte des conséquences potentiellement dangereuses tant pour l'administration que pour le public.

2.8
Qu'avons-nous appris?

Quelles leçons pouvons-nous donc tirer de cette exploration de la dynamique de la vérification interne en général et de son rôle dans la gestion de la publicité et des commandites au sein de TPSGC en particulier?

Premièrement, il est évident que la vérification interne a misérablement failli en l'occurrence à détecter des actes graves de corruption et de rapine parmi des irrégularités administratives courantes. Alors que ces défaillances pourraient s'expliquer simplement par des erreurs de jugement ou par l'incompétence, il est probable aussi qu'elles ont subi l'influence des diverses manifestations et conséquences de l'ingérence politique. Il est possible qu'en favorisant la version des événements donnée par M. Guité, les vérificateurs et gestionnaires concernés se soient conformés à une valeur fondamentale du service public qui veut que la défense de l'unité nationale soit l'objectif ultime et justifie quelques infractions aux règles. Il est un peu plus probable, mais moins noble, qu'ils aient simplement reconnu la nature extraordinairement politique des activités de M. Guité et l'aient laissé faire par déférence.

Il existe également la possibilité que les vérificateurs se soient vus ordonner, implicitement ou explicitement, de « laisser tomber » par la haute direction, sur instruction du ministre ou du Cabinet du Premier ministre. Si oui, cela serait une incursion inappropriée du niveau politique, et peut-être exécutif, dans l'administration du ministère, qui n'aurait pas dû être tolérée par le sous-ministre.

Laissant de côté le cas du Programme de commandites lui-même, la vérification interne présente quelques aspects culturels importants qui peuvent, à divers degrés, nuire à sa fiabilité. Citons, entre autres, la classification et le statut des vérificateurs au sein de l'administration, l'image défavorable que ce statut leur confère auprès des sujets de leur vérification, leur relation avec les gestionnaires des programmes, et la motivation et le caractère des personnes elles-mêmes qui remplissent ce rôle.

On peut s'interroger également sur les méthodes utilisées par les vérificateurs : la rigueur et l'exactitude des évaluations de risque, l'adéquation des techniques employées et les normes appliquées. Ce que l'on appelle la « rhétorique de la vérification » et la tendance à la « dérive des missions » peut provoquer une résistance des gestionnaires qui prend la forme de conclusions négociées. Des partis pris philosophiques ou personnels des vérificateurs peuvent à l'occasion faire que les conclusions de la vérification ne sont plus perçues par la direction comme un compte rendu objectif ou clinique des faits.

La LAI a eu un retentissement considérable sur la fonction de vérification interne. Ce qui était censé être interne et confidentiel est maintenant devenu un exercice très public qui contraint les sous-ministres à microgérer au vu et au su de tout le monde. Elle a doté la vérification interne d'un prestige qui comporte potentiellement des répercussions politiques nationales. L'écart entre ce que le public attend des vérifications, c'est-à-dire une évaluation de la régularité financière, et ce que de nombreuses vérifications apportent en réalité — une large gamme d'évaluations de la conformité et de la performance — a été exploité tant par les médias que par les partis d'opposition pour amplifier les irrégularités administratives relevées et en faire des scandales financiers et politiques. Cela a pour conséquence que les rapports de vérification interne sont maintenant soigneusement expurgés de toute information qui pourrait embarrasser le ministère,

le ministre ou le gouvernement. Cela a, dans une certaine mesure, « politisé » la vérification interne et imposé aux fonctionnaires l'obligation inappropriée de neutraliser et d'épurer les conclusions, au détriment de rapports internes fidèles à la réalité.

3 La réponse du gouvernement : les projets de réforme de la vérification interne

Le 21 octobre 2005, le président du Conseil du Trésor, l'honorable Reg Alcock, a introduit une longue liste de réformes de la fonction publique visant à améliorer la reddition de comptes et la gestion financière au sein de l'administration fédérale. Ces réformes ont pour but de « réparer » ce que le gouvernement percevait comme des défaillances systémiques des mécanismes de supervision et de reddition de comptes au sein des ministères, défaillances ayant permis aux irrégularités dans les programmes de commandites et de publicité de passer inaperçues et qui, si l'on n'y porte pas remède, pourraient conduire à une répétition de tels agissements.

La grande nouveauté structurelle dans cette panoplie de politiques nouvelles du gouvernement est le rétablissement du Bureau du contrôleur général au sein du Secrétariat du Conseil du Trésor. Les grandes lignes de la politique de vérification interne proposée sont donc conçues en fonction de ce modèle reconfiguré de contrôle central, qui vise à remédier aux faiblesses systémiques que présenterait le système actuel. Les principaux éléments de la nouvelle politique[21] peuvent se résumer ainsi :

- le sous-ministre est responsable d'établir une fonction de vérification interne dotée de ressources suffisantes et qui applique les normes professionnelles de vérification interne;
- le poste de dirigeant de la vérification est créé, au niveau de la haute direction, pour diriger et orienter la fonction de vérification interne; le titulaire sera nommé par le sous-ministre mais a pour mandat

d'informer sans délai, après discussion avec le sous-ministre, le contrôleur général de tout risque, pratique de contrôle ou de gestion pouvant présenter une importance pour le gouvernement et (ou) exiger une intervention du Conseil du Trésor;

- les comités de vérification interne seront reconfigurés de façon à comporter une majorité de membres extérieurs à la fonction publique, les autres venant d'en dehors du ministère; le contrôleur général déterminera les qualifications exigées de ces membres externes et les nominations seront faites conjointement avec le sous-ministre; le sous-ministre peut siéger à titre de président ou de membre d'office au comité;

- le comité de vérification se réunit annuellement, à huis clos, avec le ministre afin de lui donner des assurances concernant la gestion du risque, le contrôle et les systèmes de vérification;

- le Bureau du contrôleur général effectuera des évaluations horizontales des domaines considérés à haut risque, notamment la passation des marchés et la gestion des ressources humaines;

- à compter de 2006, le Bureau du contrôleur général effectuera des vérifications internes ponctuelles dans les quelque 40 petits ministères et organismes (PMO);

- Conseil et Vérifications Canada a été dissous et les deux services séparés; le service de conseil sera absorbé par TPSGC; ce ministère et le Bureau du contrôleur général détermineront le meilleur usage à faire des services de vérification;

- les sous-ministres sont responsables de l'indépendance, du professionnalisme et de la bonne exécution en temps voulu de la fonction de vérification interne et doivent veiller à ce que les secteurs à plus haut risque soient couverts; ils sont responsables du rendement des comités de vérification; ils doivent soutenir le contrôleur général dans l'exécution des vérifications horizontales ou dirigées; ils doivent approuver le plan de vérification annuel; ils sont responsables de l'efficacité des mesures de suivi découlant du processus de vérification;

- la conséquence pour les sous-ministres ou d'autres fonctionnaires du non-respect de la nouvelle politique de vérification interne sera l'imposition des sanctions prévues dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

Il ne fait aucun doute qu'une action correctrice directe et concertée du gouvernement s'imposait après un incident de l'ampleur du scandale des commandites. Il y a eu effectivement défaillance de la vérification et cette dernière est donc un sujet de réforme approprié. Toutefois, en analysant la réponse gouvernementale, il ne faut pas perdre de vue que ces défaillances de la vérification, comme nous l'avons montré plus haut, étaient principalement causées par des problèmes d'ingérence politique, de manipulation des rapports de vérification, de reddition de comptes et de compétence.

Il ressort également de la nature de ces mesures que le Conseil du Trésor cherche à aligner le régime de vérification du gouvernement sur les pratiques du secteur privé et les normes internationales. Cela suppose l'existence dans la fonction publique d'une culture et d'une structure de gestion qui acceptent une telle transition directe du modèle privé et s'y adaptent, et que ceux touchés par ces mesures reconnaissent qu'elles sont nécessaires et justifiées et représentent une amélioration.

3.1
Prémisses et motivations

L'analyse détaillée des motivations complexes et des influences qui sous-tendent les réformes administratives du gouvernement dépasse largement la portée de la présente étude, mais on peut voir d'emblée que le gouvernement actuel se fonde sur plusieurs prémisses générales que d'aucuns considèrent fautives.

Le premier postulat, si l'on en juge d'après la portée de ces réformes, est que les irrégularités dans le domaine des commandites et de la

publicité étaient principalement attribuables à l'insuffisance ou à la défaillance du contrôle et de la supervision administratives et que, par extension, l'imposition de mécanismes de surveillance plus stricts, placés sous contrôle central, préviendra toute répétition du problème. Alors que cet incident a bien mis en évidence des faiblesses dans le système de vérification et de contrôle, la principale conclusion tirée par le vérificateur général et par le juge Gomery, et confirmée par nos observations, était qu'il existait bien des règles, politiques et mécanismes de contrôle suffisants et appropriés, mais que ces garde-fous ont été levés, abrogés ou ignorés sous l'effet d'une influence et ingérence politiques. Comme M. Cutler l'a lui-même expliqué :

> [Traduction] . . . les mécanismes de contrôle étaient suffisants. Ce qui s'est produit, c'est qu'on les a retirés — lorsqu'ils ont créé la section de M. Guité, lorsque j'y ai été muté — ils ont supprimé tous les mécanismes de contrôle qui étaient en place et qui fonctionnaient très bien depuis des années[77].

Dans l'équation, le facteur essentiel que ces réformes ignorent est le fait que la fonction publique s'est courbée et a battu en retraite face à cette incursion politique dans la gestion des programmes. Cette culture de timidité est peu susceptible d'être effacée par la mise en place d'un régime réglementaire de gouvernance plus oppressif et tentaculaire. En ce sens, les efforts déployés par cette politique pour renforcer le rôle des ministres et des organismes centraux et en faire des forces omnipotentes dans l'appareil gouvernemental est bien peu susceptible d'encourager chez les sous-ministres et les bureaucrates le plus grand courage qui serait nécessaire pour résister ou tenir bon face à une ingérence politique inappropriée. De fait, cette politique pourrait bien avoir l'effet inverse.

Deuxièmement, il semble bien que le gouvernement perçoive les ministres, et non leurs sous-ministres, comme les principaux

administrateurs des ministères fédéraux[71]. Une telle prémisse représenterait un abandon de la convention que reflète actuellement la machinerie gouvernementale. La Commission Glassco et la Commission Lambert ont toutes deux conclu, par rapport à cette question, que ce sont bien les sous-ministres, et ce à juste titre, et non leurs maîtres politiques, qui sont les administrateurs clés des affaires gouvernementales. La *Loi sur la gestion des finances publiques* confirme cet état de fait puisqu'elle indique clairement les domaines de l'administration ministérielle pour lesquels les sous-ministres sont légalement responsables en propre. L'exercice de ces responsabilités consacrées dans la loi doit être appuyé de manière cohérente et responsable par l'appareil gouvernemental et favorisé, dans l'esprit et dans la lettre, par la politique du gouvernement relative au contrôle et à la responsabilité des ministères. Alors que le scandale des commandites a révélé des problèmes sur le plan de la définition actuelle et de la pratique de la reddition de comptes, tant ministérielle que sous-ministérielle, dans la mesure où ni l'un ni l'autre n'a accepté le blâme pour le résultat, le transfert de l'autorité et du contrôle des sous-ministres vers les ministres, les organismes centraux ou des membres de comités externes comme le font les réformes proposées pourrait bien dans la pratique décourager la clarté de la reddition de comptes, clarté dont l'Enquête a si clairement démontré l'insuffisance dans la gouvernance canadienne actuelle.

Troisièmement, ces propositions renforcent une confusion croissante et fondamentale entre les rôles respectifs des vérificateurs internes et externes. La vérification interne, comme nous l'avons vu plus haut, est censée être un outil de gestion pour fournir aux sous-ministres, en tant qu'administrateurs en chef, une information régulière, continue et confidentielle sur le fonctionnement de leur ministère. C'est un système de confinement, au meilleur sens du terme, fondé sur la prémisse que les sous-ministres, pourvu qu'ils soient prévenus de l'existence de

manquements ou d'irrégularités, vont « faire ce qu'il faut » et intervenir rapidement et adéquatement pour remédier aux faiblesses administratives ou comportements répréhensibles. Les assurances sont actuellement données par les sous-ministres aux ministres de manière régulière ou, au besoin, sans mêler le niveau politique au détail de l'administration des programmes. La vérification externe, pour sa part, poursuit un objectif différent et s'adresse à un autre auditoire. Elle est effectuée de manière cyclique par des vérificateurs extérieurs au ministère, sa portée et ses modalités sont déterminées en dehors, et elle répond à une évaluation de risque faite par des organismes centraux extérieurs au ministère, principalement le Bureau du vérificateur général. Les vérifications externes offrent le plus grand degré d'objectivité et d'indépendance de toutes les vérifications, autorisant ainsi des assurances fiables de la régularité et de la probité des opérations gouvernementales dans l'intérêt tant du Parlement que du public canadien.

Les réformes proposées, avec l'intervention accrue des organismes centraux, la présence de membres externes dans les comités de vérification et les audits internes « horizontaux » menés sous les auspices du Conseil du Trésor semblent toutes conçues pour hybrider la fonction de vérification interne et lui faire apporter les assurances normalement fournies par la vérification externe. Le gouvernement n'hésite pas à enclencher cette abâtardissement de la fonction puisque ce protocole reflète les pratiques exemplaires du monde de l'entreprise, sociétés d'État comprises.

La véracité de ces prémisses — que l'administration souffre d'un manque de contrôle, que les ministres et non les sous-ministres sont les principaux gestionnaires des ministères et que la vérification interne devrait fournir des assurances externes — est encore renforcée par le retour apparent du Conseil du Trésor à son ancien credo du « commandement et contrôle ». Ce demi-tour représente un violent mouvement en arrière du pendule, l'abandon du précepte « diriger et

non ramer » et « laisser les gestionnaires gérer » qui a prévalu au cours des dix dernières années et qui était destiné à rendre le gouvernement plus flexible, efficient et réactif sur le plan de la prestation des programmes et services aux Canadiens. La réintroduction de la vieille institution défaillante du Bureau du contrôleur général et la création d'un corps d'intervenants sous la forme des dirigeants de la vérification, qui seront nommés par les sous-ministres mais responsables devant le Conseil du Trésor, pourraient troubler encore plus les eaux de la reddition de comptes directe. Une loyauté scindée n'ayant jamais été reconnue comme un attribut chez aucun employé ministériel, ceux qui connaissent les aléas d'une double obligation redditionnelle font valoir que les sous-ministres n'auront plus l'assurance que leurs principaux collaborateurs sont au diapason du ministère. Le cri « que les jeux commencent » résonne peut-être déjà d'un bout à l'autre de l'administration en prévision des intrigues et folies auxquelles on va assister lorsque ces vérificateurs en chef tenteront de danser simultanément au rythme de deux tambours différents.

3.2
Le remaniement des comités de vérification

La restructuration du Comité de vérification et d'examen est peut-être le changement le plus notable apporté au régime de vérification actuel. Il s'agit, entre autres, comme on l'a vu plus haut, de mieux aligner les pratiques gouvernementales sur celles du secteur privé. Cependant, une autre motivation est à l'œuvre. D'aucuns croient qu'il est largement établi que les sous-ministres aujourd'hui ne comprennent pas pleinement ou ne gèrent pas adéquatement la fonction de vérification interne. Ils sont considérés comme obsédés par la suppression des mauvaises nouvelles au détriment d'une évaluation réaliste des vérifications, portés à dresser des obstructions quant à la cible des vérifications et ne possédant pas l'indépendance, l'objectivité et les connaissances requises pour siéger au comité de vérification ou fournir des assurances fiables à leur ministre.

L'absence généralisée d'accréditation professionnelle chez les chefs de la vérification nommés par les sous-ministres est présentée comme la preuve de leur appréciation fautive de l'importance de la fonction et de leur désir d'en réduire l'efficacité au sein de leur ministère. Les compétences des sous-ministres en matière de vérification interne sont sans doute similaires à l'échelle du gouvernement, mais même si une évaluation de ces compétences donnait une courbe en cloche, il peut sembler insensé de laisser la responsabilité de la vérification et de l'examen aux mains de ces gestionnaires.

C'est largement le cas à l'heure actuelle. Les comités de vérification et d'examen, à quelques exceptions près, sont composés de cadres supérieurs et présidés par le sous-ministre. Leur mandat consiste à recevoir, analyser et avaliser les rapports de vérification finals ainsi que les plans d'action qui sont le produit de la fonction de vérification interne. Les sous-ministres ont la haute main sur la nomination de leurs chefs de la vérification. Si l'on considère la vérification interne comme un outil de gestion à l'usage de ces administrateurs supérieurs, la structure hiérarchique actuelle est logique, bien que légèrement incestueuse. Ces dernières années, quelques sous-ministres, peut-être pour pallier à ce manque d'objectivité, sont allés chercher des membres ailleurs qu'aux étages supérieurs de leur ministère et ont invité une ou deux personnes de l'extérieur à siéger à leur comité d'examen. La présence de membres de l'extérieur présente sans aucun doute des avantages, en ce sens qu'ils apportent un regard neuf, des compétences diverses et une vision objective à l'examen des rapports de vérification ministériels. Leur participation fournit au comité une « valeur ajoutée » et peut assurer un examen plus indépendant et robuste des constats. Plusieurs sous-ministres ayant opté pour cette structure sont satisfaits des résultats[74].

En proposant cette réforme du mécanisme des comités de vérification, le Conseil du Trésor est allé beaucoup plus loin que les initiatives ponctuelles de certains sous-ministres puisque dorénavant, les comités

de vérification seraient composés entièrement de membres de l'extérieur. L'objectif, tel que le décrit la politique, est de rendre le comité « beaucoup plus indépendant de la direction de l'organisation dont ils font l'examen »[75]. À cette fin, le Conseil du Trésor affirme que « lorsque la nouvelle politique sera mise en œuvre intégralement, la majorité des membres de tous les comités de vérification proviendront de l'extérieur du secteur public, le reste provenant de l'extérieur du ministère »[76]. L'énoncé de politique ajoute que le sous-ministre peut présider le comité ou en être membre d'office, mais n'impose la présence d'aucun membre de la haute direction. En outre, le Conseil du Trésor établira des « profils de compétences »[77] pour ces membres externes et les choisira « de concert avec le sous-ministre »[78].

Les partisans de cette approche font valoir que cette nouvelle structure fera en sorte que l'examen de la vérification interne sera assuré par des personnes mieux qualifiées et mieux à même, de par leur objectivité et leur indépendance, de poser des questions percutantes aux vérificateurs et de débusquer la vérité derrière des rapports cachottiers. Ils pensent que le remaniement du comité libérera le sous-ministre et les cadres supérieurs d'une tâche qui peut être mieux remplie par des spécialistes de la vérification, tout en continuant à leur fournir les renseignements et les assurances dont ils ont besoin concernant le fonctionnement de leur ministère.

Par ailleurs, si ces membres externes détectaient des inepties dans la gestion du sous-ministre ou mettaient le doigt sur des actes fautifs graves ou pouvant avoir des conséquences à l'échelle du gouvernement, ils seraient bien placés pour en saisir le Conseil du Trésor ou le ministre. Ainsi, argüent les partisans de cette structure, le gouvernement sera mieux assuré de l'intégrité du système de vérification de la régularité ministérielle. Quelques mandarins trouvent que l'interposition d'agents externes entre le sous-ministre et les organismes centraux ou les ministres contrevient aux conventions qui régissent actuellement ces

relations. Le secteur privé, pour sa part, a bien dû s'adapter; et le Conseil du Trésor ne voit pas pourquoi le gouvernement ne devrait pas retirer les avantages supplémentaires de ce système de vérification interne/externe hybride et il ne doute pas que les sous-ministres comprendront et s'aligneront sur ce raisonnement.

Peut-on forcer la machinerie de la surveillance gouvernementale dans ce moule du secteur privé? Les détracteurs affirment que les particularités de l'administration gouvernementale et la culture dans laquelle elle s'inscrit rendront la cohabitation inconfortable. Il se pose quelques problèmes pratiques. Étant donné le nombre des ministères, il faudra trouver et recruter jusqu'à 300 « experts » pour les comités de vérification. D'aucuns pensent qu'il sera extrêmement difficile de trouver des personnes compétentes prêtes et disponibles en dehors de la fonction publique qui n'auraient pas un quelconque conflit d'intérêts si elles siégeaient à un comité de vérification de ministères tels que ceux de l'Industrie, des Travaux publics et des Services gouvernementaux ou des Finances. En outre, il se pose le problème du favoritisme. On peut s'attendre à ce que le gouvernement veuille placer à ces postes des personnes ayant des sympathies pour le parti au pouvoir, auquel cas ces comités risqueraient de devenir politisés. L'ouverture à l'extérieur des comités de vérification pourrait bien suivre le chemin de tant d'autres nominations à des charges publiques et n'être qu'une auge de plus à laquelle les fidèles du parti viennent se gaver.

La réforme proposée prévoit que le comité de vérification se réunisse chaque année avec le ministre à huis clos, en l'absence du sous-ministre[71]. Cela reflète, là encore, la pratique qui a cours dans maintes sociétés privées et qui vise à donner au conseil d'administration l'assurance, de source indépendante, que leurs dirigeants appliquent les politiques et règles et gèrent les finances de manière appropriée. Dans l'administration publique, cela représenterait un bouleversement de la relation entre les sous-ministres et les ministres. En effet, traditionnellement, c'était le

Bureau du vérificateur général et, dans une mesure moindre, le Conseil du Trésor qui jouaient les chiens de garde et donnaient aux ministres des assurances externes en matière de vérification.

Si le fait que des particuliers donnent des assurances aux ministres sur le travail des ministères représente certes une innovation, c'est l'insertion de fonctionnaires d'autres ministères dans ces comités externes de vérification qui représentent peut-être la partie la plus délicate. Nul doute que cette exigence a été imposée pour garantir qu'au moins un membre du comité de vérification connaisse le fonctionnement de l'administration publique. Cependant, cela fait surgir la possibilité très bizarre qu'un sous-ministre donne des assurances à un ministre autre que le sien. La dimension « mouchardage » implicite dans la réunion annuelle réglementaire du comité de vérification avec le ministre fait de la participation de ces fonctionnaires ministériels une expérience potentiellement humiliante pour les deux sous-ministres concernés et, au niveau personnel, pourrait provoquer des ressentiments, des rancunes et des conflits sans fin au sein du corps des sous-ministres.

Il y a aussi la question de la reddition de comptes. Il est évident que l'un des buts de cette politique est de renforcer le concept de « ministre gestionnaire » et de clarifier sa responsabilité et son obligation redditionnelle à l'égard de la bonne administration de son ministère. On semble poser également la prémisse, avec ce changement du rôle du sous-ministre vis-à-vis du comité de vérification, que le système actuel a failli à donner au ministre des assurances appropriées. Mais la question se pose : si le défaut du sous-ministre de reconnaître la gravité des irrégularités dans les commandites (et donc son défaut d'informer son ministre ou le Conseil du Trésor de ces problèmes) était dû à la mauvaise qualité de l'information qu'il recevait, quelle garantie existe-t-il qu'un comité composé de membres de l'extérieur disposant de la même information n'arriverait pas à une conclusion similaire? Et si des renseignements importants de cette nature passent inaperçus, ou si,

comme dans le cas du Programme de commandites, des assurances sont données qui s'avèrent erronées, quelle sera la responsabilité imputable à ces membres externes chargés d'évaluer et de transmettre cette information? Le sous-ministre et le ministre pourront tous deux blâmer cet organe externe de les avoir mal informés et, si l'on en juge par l'expérience passée, se servir de cette insuffisance pour refuser toute responsabilité. Ainsi, les chaînes de « blâmabilité » et de « responsabilité » sont encore moins claires, mais en l'occurrence, les « responsables » se situent dorénavant en dehors du ministère ou même en dehors de la fonction publique. On escompte, bien évidemment, que les comités externes, avec leur flair plus aiguisé, leur objectivité et leurs connaissances expertes, ne commettront jamais une telle défaillance. Mais si cela arrivait, est-ce que ce comité ne serait pas un nouveau bouc émissaire tout trouvé?

3.3
Plus sera-t-il égal à mieux?

Le rétablissement du Bureau du contrôleur général ouvre une ère de plus grande surveillance des ministères par les organismes centraux et, inévitablement, une multiplication des vérifications exigées. Selon la nouvelle politique sur la vérification interne, le spectre de « vérifications horizontales » va maintenant venir compléter la panoplie de quelque 20 à 30 vérifications internes cycliques déjà entreprises dans des ministères comme TPSGC. Ajouter à cela les vérifications financières et de rendement aujourd'hui menées par le vérificateur général, et vous serez en droit de conclure que cette administration est l'un des premiers artisans d'une « société de la vérification ».

Si l'on s'en tient à l'histoire peu glorieuse de la vérification du Programme de commandites, il est incontestable qu'une certaine amélioration de la qualité de la vérification interne, de son professionnalisme, de la compétence de son personnel, de l'intégrité de ses rapports et de la

capacité du comité de vérification à décoder les messages transmis s'impose. On peut présumer que les ressources supplémentaires, le savoir-faire, les lignes directrices et les structures qui vont émaner du Bureau du contrôleur général aideront à combler l'écart entre ce que devrait être et accomplir idéalement une vérification interne et les résultats parfois insuffisants aujourd'hui observés. Dans cette mesure, toute initiative visant à améliorer la qualité de la vérification interne devrait être accueillie avec enthousiasme et universellement saluée.

Dans le même temps, il faut bien reconnaître que les vérifications sont source de stress et qu'elles accaparent le temps, l'énergie et les ressources de ministères et de fonctionnaires qui peinent déjà à accomplir le travail réel de l'administration publique, soit la réalisation des objectifs du gouvernement élu au moyen d'une gestion prudente des ressources publiques. Étant donné la fragilité de la nature humaine et, à l'occasion, la vénalité caractérisée de certains, il est certes nécessaire de consacrer une certaine somme de temps et d'efforts à la comptabilité. Cependant, lorsque la balance entre les « faiseurs » et les « vérifieurs » penche trop en faveur des seconds, la surveillance devient oppressante et peut peser fortement sur le moral et l'amour-propre des fonctionnaires. Il n'est dans l'intérêt d'aucun gouvernement de soumettre ses employés à une tension si forte — tension entre l'obligation de rendement et l'obligation de rendre compte de ce rendement — qu'ils en perdent toute faculté de créativité, d'innovation ou de bon sens. Plus on fouille, plus on trouve. En soumettant en sus les gestionnaires à des vérifications horizontales comme le veut cette nouvelle politique, le Bureau du contrôleur général marchera sur la corde raide : en ligne de mire la détection d'irrégularités ou de cas de corruption notables et sous ses pas le risque de saper le moral et la confiance en eux d'employés passant trop de temps sous le microscope.

3.4
Quelques réflexions finales sur les réformes proposées

Lorsqu'on les analyse à la lumière des principaux facteurs isolés par la présente étude comme ayant contribué à la défaillance du mécanisme de vérification dans le cas du Programme de commandites, il apparaît que ces réformes ne font rien pour régler l'un des problèmes qui a le plus contribué à cette panne, soit l'effet de l'accès à l'information sur la qualité des rapports de vérification. Enlevez la pression qui pèse sur les sous-ministres obligés de fonctionner dans la cage de verre créée par l'accès à l'information, et par conséquent la nécessité de protéger leur ministère et leur ministre contre les conséquences de la publication de rapports de vérification négatifs et l'incitation primordiale à brouiller et délayer les rapports disparaissent. On pourrait lever l'un des plus grands obstacles institutionnels à une bonne vérification en modifiant la *Loi sur l'accès à l'information* de manière à en soustraire tous les documents de travail relatifs aux vérifications internes et, idéalement, les rapports eux-mêmes. Il ne faudrait pas laisser le désir d'ouverture et de transparence corrompre l'intégrité du processus de vérification lui-même, ce désir pouvant très bien être satisfait par la publication de sommaires de ces rapports.

Deuxièmement, ces réformes laissent sans solution le problème très crucial de la classification des vérificateurs au sein des ministères. Nos observations montrent que, de façon générale, ce sont la qualité et le professionnalisme qui font le plus défaut actuellement chez les vérificateurs. La nomination de dirigeants de la vérification accrédités, comme le recommande cette politique, sera un pas dans la bonne direction, mais tout l'avantage de cette mesure sera perdu si le calibre des personnes placées sous l'autorité de ces dirigeants reste au niveau du soutien administratif, c'est-à-dire si le gouvernement ne va pas assez loin vers la professionnalisation de cette fonction.

Troisièmement, il n'est pas sûr du tout que le substrat de méfiance envers l'administration que reflète cette nouvelle politique permettra l'émergence d'une fonction publique robuste et sûre d'elle, capable de résister à l'avenir aux pressions politiques. L'accent mis sur le renforcement des pouvoirs et de l'influence des organismes centraux, le manque de respect pour les sous-ministres comme administrateurs en chef de leur ministère et la prééminence accordée aux ministres, tout cela est un signal pour les fonctionnaires qu'il leur faut prendre leurs instructions d'en haut et ne modifiera en rien la culture d'effacement devant les niveaux politiques et exécutifs mis en évidence par le scandale des commandites. En couvrant d'opprobre le plus grand nombre pour les fautes de quelques-uns, en omettant de créer une législation forte et efficace de protection des dénonciateurs ou de sanctionner lourdement les fonctionnaires qui ont fermé les yeux, le gouvernement et le Parlement n'ont pas créé les conditions adéquates pour encourager les fonctionnaires à poser des questions difficiles.

Le scandale des commandites est le résultat des agissements répréhensibles d'un petit groupe isolé travaillant hors réseau à une opération clandestine dirigée par le Cabinet du Premier ministre. Il n'était pas représentatif de l'activité, de l'éthique ou du fonctionnement ordinaire du gouvernement. Pourtant, comme une classe interdite de récréation pour l'inconduite de quelques élèves, la fonction publique se voit injustement blâmée et censurée à cause d'actes qui échappaient essentiellement à son contrôle. Pire encore, il semble, selon cette perspective, que les plus directement coupables pointent aujourd'hui les doigts accusateurs, et c'est l'injustice fondamentale de cette situation qui va probablement colorer l'acceptation des tentatives les plus raisonnables et les plus nécessaires d'améliorer la fonction de vérification interne. Comme le fait remarquer l'ancien sous-ministre Arthur Kroeger :

> Ce que l'on voit aujourd'hui, c'est une réaction aux agissements de 14 fonctionnaires isolés comme prétexte pour imposer de vastes contraintes supplémentaires à 200 000 agents à travers le pays[80].

D'autres personnes avec qui nous nous sommes entretenus estiment que le résultat de cette réaction excessive du gouvernement à un incident isolé qui n'était, fondamentalement, pas de la faute de l'administration, ne fera rien d'autre que ligoter la fonction publique, imposer des inefficiences extraordinaires pendant que tous ces nouveaux systèmes seront appris, mis en place et rodés par une administration déjà surchargée, et créer un niveau d'amertume et de ressentiment qui empoisonnera encore plus l'atmosphère dans une fonction publique déjà démoralisée. Les partisans, pour leur part, sont tout aussi convaincus que ce modèle mettra la fonction publique sur la voie d'un plus grand professionnalisme et d'une meilleure reddition de comptes et que ce modèle, pourvu qu'il soit correctement réalisé, permettra au gouvernement de mieux dormir la nuit en ayant l'assurance qu'un nouveau scandale des commandites ne pourra plus jamais être tissé à l'abri des regards. Le temps sera sans aucun doute l'arbitre final de ce débat, mais la question de savoir quel rôle la vérification interne a joué dans le théâtre global du scandale des commandites nous ramène, enfin, à l'intrigue centrale de notre étude.

4 Le clou dans le fer — Conclusions

Est-ce que le manque d'attention et de rigueur de la vérification interne a constitué le « clou » qui pourrait un jour conduire à la perte du gouvernement au pouvoir, voire celle du « royaume lui-même » sous la forme d'un référendum futur? À la lumière de la théorie pure de la vérification, la réponse à cette question pourrait être « oui ». Une enquête sérieuse du service de vérification interne sur les risques posés par les premiers indices d'irrégularités financières dans les contrats de publicité aurait bien pu porter un coup d'arrêt au scandale des commandites. Les responsables, même s'ils n'avaient pas été découverts, auraient pu

être effrayés par le spectre d'un contrôle rigoureux et continu, et les arrangements scélérats qui ont gagné en ampleur au fil du temps pourraient n'avoir jamais été conclus. Le retour de la fonction d'achat du SPROP à l'administration centrale de TPSGC aurait pu rétablir les garde-fous institutionnels qui ont initialement permis à M. Cutler et à ses supérieurs de contester les actes de M. Guité en 1994 et aurait déclenché des alarmes le long d'une ligne hiérarchique différente si ces irrégularités avaient continué. Le système aurait fonctionné.

Mais aurait-il donné des résultats? La réponse à cette question est probablement « non ». La vérification interne, face à une ingérence politique concertée et constante dans les mécanismes réguliers de l'administration publique, n'a été que l'un de nombreux détecteurs de fumée institutionnels réduits au silence par un feu politique si intense. Étant le principal système d'alarme chargé de détecter les méfaits, elle porte peut-être une part de responsabilité plus lourde que la plupart, mais elle n'était pas à l'abri des pressions exercées sur TPSGC en rapport avec le fonctionnement de l'opération clandestine dirigée par M. Guité.

Bien entendu, cela met en cause l'objectivité de la vérification interne à l'intérieur du système ministériel. Est-ce que le dirigeant de la vérification, éprouvant peut-être une plus grande loyauté envers le Conseil du Trésor qu'envers le ministère, aurait été à l'abri d'une telle ingérence politique? La réponse est probablement « non ». Confronté à la volonté du Premier ministre et à l'éclatement potentiel du pays, même les organismes centraux auraient bien pu se coucher. Ce n'est pas comme si l'on ignorait les irrégularités qui marquaient ce programme. Un ancien sous-ministre a déclaré que, dès la fin des années 90, on savait dans le cercle sous-ministériel qu'il se passait des choses pas très jolies dans le sanctuaire de TPSGC[51]. Il incombait en fin de ligne au sous-ministre de reconnaître le caractère répréhensible des agissements, d'objecter, et si cette protestation tombait dans les oreilles

de sourds, de démissionner. Il n'a rien fait de tel. À l'époque, il n'en voyait pas le besoin.

Dans le contexte de ces responsabilités supérieures, la vérification interne ne jouait qu'un second rôle. On ne peut négliger le fait que cette fonction aurait pu armer le sous-ministre d'éléments matériels et de preuves révélant la profondeur de la corruption et qu'elle a failli dans cette tâche cruciale. L'information, c'est du pouvoir, et donc l'information divulguée par la vérification interne joue un rôle considérable dans le système politique. Comme le démontre bien cette saga, même de petites manipulations apparemment insignifiantes de l'information peuvent avoir des conséquences profondes. Tout comme la mort d'un papillon monarque au Mexique peut changer le cours des événements dans le monde, le plus infime détail d'une vérification interne peut déclencher des répercussions nationales et politiques cataclysmiques. C'est la morale enseignée à la jeunesse par notre comptine : des actes en apparence insignifiants ont de lointaines conséquences. Faute d'un clou . . .

Notes en fin de texte

[1] Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Politique sur la vérification interne*, 21 octobre 2005.

[2] Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, *Qui est responsable? Rapport factuel*, 1er novembre 2005, VII, « Vérifications et enquêtes » , p. 197-219.

[3] Bureau du vérificateur général, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, novembre 2003, Points saillants globaux, p. 1.

[4] Témoignage de Norman Steinberg devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 4 octobre 2004, volume 16, p. 2493.

[5] Le service de vérification de TPSGC portait le nom de Direction générale de la vérification et de l'évaluation (DGVE) jusqu'en 1996, Direction générale de la vérification et de l'examen (DGVE) de 1996 à 2002, et Direction générale de la vérification et de l'éthique après 2002. Pour éviter toute confusion, nous utilisons le terme « Direction générale de la vérification et de l'examen » dans la présente étude.

[6] *Ibid.*, p. 2492-2493.

[7] Comité permanent des comptes publics de la Chambre des communes, témoignage de M. Allan Cutler, 11 mars 2003, 9 :1020.

[8] Notes de Julie Ginley citées par M. Finkelstein devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 4 octobre 2004, volume 16, p. 2501.

[9] *Ibid.*, p. 2499.

[10] Témoignage de Norman Steinberg devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 4 octobre 2004, volume 16, p. 2494 (F).

[11] *Ibid.*, p. 2497.

[12] *Ibid.*

[13] Témoignage d'Allan Cutler devant le Comité permanent des comptes publics de la Chambre des communes, mai 2003, 9:1020.

[14] Brian R. O'Neal, « Résumé des témoignages présentés pour l'examen du Chapitre 3 (Le Programme de commandites), du Chapitre 4 (Les activités de publicité) et du Chapitre 5 (La gestion de la recherche sur l'opinion publique) du rapport de novembre 2003 de la vérificatrice générale du Canada pour la période allant jusqu'au 2 avril 2004 », 15 avril 2004, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, p. 8.

[15] *Ibid.*

[16] Témoignage d'Allan Cutler devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 28 septembre 2004, volume 13, p. 2132 (F).

[17] *Ibid.*, p. 2486.

[18] Brian O'Neal, p. 8.

[19] Témoignage de Norman Steinberg devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 4 octobre 2004, volume 16, p. 2487 (F).

[20] *Ibid.*

[21] Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, note de service à M. Jim Stobbe de Norman Steinberg, directeur général, Vérification et Examen de TPSGC, dossier n° 1530-96-056-11/5, 19 juin 1996.

[1] *Ibid.*

[2] Première ébauche du rapport d'Ernst & Young, citée par M. Finkelstein devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 29 septembre 2005, volume 14, p. 2261 (E).

[3] *Ibid.*, p. 2250.

[4] *Ibid.*, p. 2252-53.

[5] Rapport final de la vérification d'Ernst & Young, cité par M. Finkelstein, *ibid.*, p. 2269.

[6] *Ibid.*, p. 2281.

[7] Témoignage de Ranald Quail devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 24 novembre 2004, volume 39, p. 6773 (E).

[8] *Ibid.*, p. 6771.

[9] Témoignage de Norman Steinberg devant la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 4 octobre 2004, volume 16, p. 2557-2558 (E).

[10] Juge Gomery dans *ibid.*, p. 2619-2620.

[11] Témoignage de Norman Steinberg dans *ibid.*, p. 2621.

[12] *Ibid.*, p. 2621.

[13] Brian O'Neal, p. 11.

[14] Document du Conseil du Trésor 824628, 21 novembre 1996, cité dans Brian R. O'Neal, p. 12.

[15] Brian O'Neal, p. 22.

[16] *Ibid.*, p. 22.

[17] *Ibid.*, p. 23.

[18] *Ibid.*, p. 23.

[19] Conversation avec Denis Desautels, Ottawa, 20 octobre 2005.

[20] Témoignage d'Alfonso Gagliano à la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 3 février 2005, volume 69, p. 11969 (E).

[21] Brian O'Neal, p. 33.

[22] Pour un exposé complet de cette théorie, voir Denis Saint-Martin, « L'Affaire Groupaction : Un cas de politisation de la fonction publique fédérale? » , *Administration publique du Canada*, volume 46, n° 4, p. 450-470.

[23] Denis Saint-Martin, « L'Affaire Groupaction : Un cas de politisation de la fonction publique fédérale? » , *Administration publique du Canada*, volume 46, n° 4, p. 461.

[24] *Ibid.*, p. 460.

[25] Daniel Leblanc, « Bureaucrat in ad furor stonewalls » , *Globe and Mail*, 20 juillet 2002, traduction dans David Good, *The Politics of Public Management : The HRDC Audit of Grants and Contributions*, University of Toronto Press, 2003, p. 461.

[26] Conversation avec un sous-ministre retraité, 9 novembre 2005.

[27] Témoignage de Ranald Quail à la Commission d'enquête sur le Programme de commandites et les activités publicitaires, 25 novembre 2004, volume 40, p. 6883-6884 (E).

[28] Témoignage de Brian MacAdam au Comité permanent des comptes publics de la Chambre des communes, 3 février 2005.

[29] Conversation avec un sous-ministre adjoint, 12 novembre 2005, Ottawa.

[30] *Ibid.*

[1] David Good, *The Politics of Public Management: The HRDC Audit of Grants and Contributions*, University of Toronto Press, 2003, p. 52.

[2] *Ibid.*, p. 193.

[3] *Ibid.*, p. 192.

[4] Conversation avec un sous-ministre adjoint, 12 novembre 2005, Ottawa.

[5] Témoignage de Brian MacAdam, Comité permanent des comptes publics de la Chambre des communes, 1 février 2005.

[6] Expression trouvée par Micheal Powers et citée dans David Good, p. 191.

[7] David Good, p. 191.

[8] *Ibid.*, p. 192.

[9] *Ibid.*, p. 54.

[10] *Ibid.*, p. 53.

[11] Kelly Egan, « How the NCC tried to hide a shocking safety report: Expert ordered to tone down 'alarmist' study », *Ottawa Citizen*, 26 octobre 2005, p. 1-2.

[12] *Ibid.*, p. 2.

[13] *Ibid.*, p. 2.

[14] *Ibid.*, p. 2.

[15] David Good, p. 64.

[16] *Ibid.*, p. 193.

[17] *Ibid.*, p. 69.

[18] *Ibid.*, p. 211.

[19] Conversation avec Denis Desautels.

[20] Secrétariat du Conseil du Trésor, « Politique sur la vérification interne », 25 octobre 2005, www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/ia-vi/ia-vi03_e.asp.

[21] Interview à la radio de CBC Ottawa, « Public servants react to Alcock announcement », Radio Morning.

[22] Reg Alcock, président du Conseil du Trésor, Comité sénatorial permanent des Finances nationales, *Témoignages*, 16 novembre 2005.

[23] Conversations avec Denis Desautels et plusieurs sous-ministres adjoints.

[24] Secrétariat du Conseil du Trésor, « Le gouvernement renforce l'intégrité de la vérification et de la surveillance », 21 octobre 2005, www.tbs-sct.gc.ca/media/nr-cp/2005/1021_e.asp, p. 1.

[25] *Ibid.*

[26] Secrétariat du Conseil du Trésor, « L'amélioration constante de la gestion au sein du gouvernement du Canada — Notre engagement », www.tbs-sct.gc.ca/spotr.rgsp/cci-acg/cci-acg04_e.asp, p. 8.

[27] *Ibid.*, p. 8.

[28] *Ibid.*, p. 8.

[29] Interview à CBC Radio Ottawa, « Public servants react to Alcock announcement », Radio Morning, 26 octobre 2005.

[30] Conversation avec un ancien sous-ministre, Ottawa, 12 novembre 2005.

PUBLICITÉ ET COMMANDITES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL : NOUVELLES DIRECTIONS DE GESTION ET DE SURVEILLANCE

Ian R. Sadinsky et Thomas K. Gussman

1 Introduction

Depuis la Confédération, le Canada est témoin de ce qu'on pourrait appeler une alliance contre nature entre les agences de publicité et les partis politiques[1]. Les gouvernements, les partis et les enjeux ont changé, mais les termes généraux de cette alliance sont essentiellement restés les mêmes — « travaillez pour notre parti gratuitement ou à prix sensiblement réduits durant la campagne électorale et vous serez récompensés par des contrats si nous sommes élus ». Quoique les Canadiens aient toujours exigé un niveau élevé d'éthique et de moralité dans l'administration publique en général, c'est l'une des rares anomalies

qui soient restées figées dans le mode de conduite « faites-moi une proposition intéressante, vous voyez ce que je veux dire ».

Quels changements se sont produits pour qu'une telle pratique doive et puisse être supprimée pour toujours du paysage politique?

Premièrement, un électorat plus éduqué et mieux informé comprend que ces alliances contre nature violent la confiance publique et placent les intérêts particuliers devant l'intérêt public. Ce n'est pas acceptable dans le Canada d'aujourd'hui.

Deuxièmement, il y a un effort concerté pour relever les normes de responsabilité et de transparence dans les institutions publiques et privées. Les scandales récents et très médiatisés de fraude grossière de gestionnaires des secteurs public et privé ont augmenté la soif du public pour des contrôles légaux et administratifs plus sévères et des sanctions contre ceux qui trompent la confiance du public.

Troisièmement, les réformes du financement des élections ont facilité aux partis le paiement des frais de campagne électorale nationale, virtuellement éliminé le travail bénévole durant les campagnes et augmenté les obligations de divulgation. Des modifications récentes à la *Loi électorale du Canada*, qui sont entrées en vigueur en janvier 2004, ont réduit la contribution maximum que les citoyens canadiens et les résidents permanents peuvent verser à un parti politique inscrit, à une circonscription ou à un candidat. Les contributions indirectes des sociétés et des syndicats aux partis politiques inscrits ont été sensiblement réduites de même que la contribution maximum permissible à un candidat particulier qui n'est pas membre d'un parti inscrit.

Quatrièmement, les progrès techniques ont multiplié les options de communication avec le public et il y a beaucoup plus de firmes compétentes en mesure d'offrir des campagnes de publicité rapides et économiques durant la brève période des élections.

Cinquièmement, le « scandale des commandites », qui fait l'objet de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, a exposé une grande partie du coût réel de lier les contrats de commandite et de publicité à l'affiliation à un parti, notamment le gaspillage de fonds publics, la contamination des institutions politiques et bureaucratiques et le pourrissement des processus démocratiques et administratifs.

L'objet du présent document est d'analyser les faiblesses relevées dans la gestion des activités de commandites et de publicité du gouvernement (exposées dans le *Rapport factuel* de la Commission d'enquête) et la série de mesures adoptées par le gouvernement du Canada depuis mai 2002 pour les corriger. Nous verrons si les nouvelles initiatives sont appropriées et suffisantes ou si d'autres mesures sont requises.

2 Évolution des politiques et des prodédures de communication du gouvernement fédéral

2.1 Objectifs globaux de la politique de communication du gouvernement

L'examen des politiques et procédures de gestion des communications du gouvernement fédéral, dont la publicité et les commandites, révèle une série d'objectifs primordiaux à poursuivre :

- Efficacité (du programme)
- Rapport qualité-prix
- Transparence (de la procédure)
- Responsabilité (des politiciens, des fonctionnaires et des fournisseurs)
- Équité (de la procédure d'approvisionnement)

- Intendance ou surveillance
- Souplesse
- Capacité (compétences et formation)

On pourrait dire que le soi-disant « scandale des commandites » (qui incluait aussi des activités publicitaires) a exposé des faiblesses dans tous ces domaines, les unes plus grandes que les autres. Il y a aussi eu un manque apparent d'indépendance de l'appareil politique dans des activités particulières de gestion. Nous aborderons chacun de ces points dans notre analyse.

2.2
Mesures suivant le dépôt du rapport de la vérificatrice générale

Après le dépôt du rapport de novembre 2003 de la vérificatrice générale en février 2004, le gouvernement du Canada a pris diverses mesures. L'une a été l'institution de la Commission d'enquête. Une autre a été la réduction de la quantité globale de publicité du gouvernement, notamment un moratoire annoncé le 15 mars 2004 avec un projet de réduction de 15 p. 100 des dépenses du gouvernement en placement média sur trois ans. Nous ne tenterons pas de déterminer ce que devrait être le niveau de publicité du gouvernement ni quels programmes devraient faire l'objet d'activités publicitaires ou de commandites du gouvernement. C'est essentiellement une décision politique, qui dépend des priorités du gouvernement. Nous aurons des choses à dire sur ce qui constitue de la « publicité » ou des « commandites », mais nous ne porterons pas de jugement *a priori* sur la valeur, l'opportunité ou l'efficacité des initiatives individuelles. En général, on reconnaît que les initiatives non partisanes du gouvernement en publicité et en commandites sont légitimes pourvu qu'elles obéissent à des politiques et des pratiques détaillées, transparentes et équitables incluant la surveillance.

Au cours des trois dernières années, le gouvernement du Canada a introduit de vastes changements dans les politiques, les procédures et les organisations traitant de publicité, dont[3] :

- l'augmentation du nombre de fournisseurs de publicité, le nombre d'occasions de concurrence pour obtenir un contrat et la variété des méthodes d'approvisionnement;

- la rémunération horaire au lieu de la rémunération par commissions comme autrefois; d'autres méthodes de paiement — comme les avances sur honoraires et la rétribution sur prestation — peuvent être envisagées au besoin;

- la sélection d'une nouvelle agence de référence par appel d'offres;

- l'établissement d'un seuil de 80 p. 100 de contenu canadien;

- le renforcement constant de la capacité interne;

- la publication d'un rapport annuel des activités publicitaires du gouvernement pour accroître la transparence.

Le plus remarquable de ces changements est l'élimination des commissions et la rémunération du travail selon des tarifs horaires préalablement approuvés — l'une des grandes sources de préoccupation de la Commission d'enquête.

Ces nouvelles procédures ont été accompagnées d'une série de changements structurels et administratifs. Entre autres :

- l'élimination le 7 août 2002 de l'annexe Q des règlements du Conseil du Trésor relatifs à la publicité et l'intégration de la publicité à la politique courante d'adjudication des contrats (la mesure est entrée en vigueur le 1er janvier 2003);

- le renforcement de la surveillance administrative par :

- la centralisation des objectifs prioritaires du gouvernement en publicité dans la section de planification stratégique des communications du Bureau du Conseil privé; et

- la création de deux nouveaux centres de responsabilité à l'intérieur de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) pour administrer et coordonner les initiatives de publicité — la Direction de la coordination de la recherche en opinion publique et de la publicité et la Direction de l'approvisionnement en communication.

2.3
Définition de « publicité »

L'article 16.13.5 de la politique d'adjudication des contrats (publicité) du gouvernement du Canada précise :

- toutes les activités impliquées dans l'achat, par ou pour le gouvernement, pour la préparation et la production de campagnes de publicité et l'espace ou le temps connexes dans les médias parlés et écrits, ou dans d'autres médias, comme la publicité extérieure et la publicité transport;

- tous les matériaux parallèles comme les affiches, les présentoirs et l'édition publicitaire comme les encarts qui sont le prolongement direct d'une campagne de publicité de même que les annonces de service public;

- les relations publiques, les événements spéciaux, le marketing direct et les activités de promotion qui sont le prolongement d'une campagne de publicité ou en font partie;

- les annonces payées comme les avis publics concernant les appels d'offres, les ventes, les audiences publiques, les offres d'emploi, et les adresses et heures d'affaires.

Si on veut introduire plus de rigueur dans la gestion de la fonction publicité du gouvernement, les fonctions et les services parallèles

doivent être séparés de la définition de la publicité. Dans la politique de communications du gouvernement du Canada, la publicité est l'un des 17 domaines où l'on envisage des directives supplémentaires. Jusqu'ici, le Conseil du Trésor n'a pas encore publié de directives régissant les activités de publicité. L'une des préoccupations qu'on a soulevées, c'est que la définition de « publicité » a été élargie au point d'englober une vaste gamme d'activités, dont les commandites, les activités de promotion, le marketing, la gestion des événements spéciaux et d'autres services de communication. Cela ouvre les concours à des entreprises qui peuvent ne pas avoir la compétence technique pour des campagnes médiatiques traditionnelles. Cet élargissement de la définition est à l'origine de certains des problèmes qui ont été mis en lumière par la Commission d'enquête sur le programme de commandites et par la vérificatrice générale du Canada. Nous recommandons que :

- *la définition actuelle de « publicité » du gouvernement du Canada soit immédiatement révisée en fonction des normes reconnues de l'industrie de la publicité et soit promulguée comme modification à la politique de communications et aux autres politiques connexes du gouvernement. Cette définition plus restrictive devrait être en vigueur avant tout nouvel appel d'offres de services de publicité.*

3 Surveillance de la publicité

L'article 23 de la politique de communications du gouvernement du Canada, de même que les nouvelles politiques et les changements structurels nombreux dans la gestion de la publicité à TPSGC, ont créé un système complexe de surveillance de la fonction publicité.

Le Bureau du Conseil privé (BCP), par l'intermédiaire du Comité sur la publicité gouvernementale (CPG), exerce des fonctions de planification, de surveillance et de « contestation » de toutes les initiatives de publicité du gouvernement. Même si un analyste politique du BCP peut approuver les initiatives individuelles de publicité

inférieures à 75 000 $, les programmes inusités ou controversés seront encore soumis au CPG. Le Cabinet doit approuver un budget annuel global pour les dépenses de publicité du gouvernement et chaque ministère doit soumettre séparément au Conseil du Trésor les initiatives individuelles de publicité.

À Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), la planification de la publicité (Direction de coordination et de partenariat de la publicité) est distincte de l'achat de publicité (Direction de l'approvisionnement en communication). Chaque initiative de publicité fait l'objet d'un bon de commande dont un nouveau système de gestion de l'information suit le cheminement.

Les sous-ministres sont responsables de la gestion globale des communications et de son intégration avec d'autres fonctions, dont la politique et le programme. Le sous-ministre est appuyé par un directeur des communications dans chaque ministère.

À ces mécanismes de surveillance s'ajouteront désormais :

- un directeur financier relevant du sous-ministre dans chaque ministère, mais aussi responsable devant le Bureau du contrôleur général;

- un chef vérificateur qui, avec un comité de vérification (incluant des fonctionnaires et des gens de l'extérieur), établira un plan de vérification dans chaque ministère.

TPSGC a aussi créé un nouveau poste de sous-ministre adjoint : l'agent de gestion des risques veillera à ce que de bons contrôles administratifs soient en place. Le titulaire est l'ancien vérificateur général adjoint, qui a travaillé au dossier des commandites au Bureau de la vérificatrice générale.

Avec autant de surveillance, le risque de répétition des incidents qui ont caractérisé le « scandale des commandites » semble singulièrement moindre, surtout avec les médias, les partis d'opposition et le public, qui surveillent de près les activités publicitaires du gouvernement. Cette surveillance est rehaussée par de nouvelles mesures destinées à accroître la transparence, dont l'affichage sur les différents sites Internet du gouvernement des affectations aux initiatives de publicité (site Web du Secrétariat du Conseil du Trésor), de renseignements sur les contrats de publicité (Contrats Canada/site Web de TPSGC), des autorisations de placement média par l'agence de référence, de tous les appels aux agences inscrites sur la liste des soumissionnaires, de tous les contrats attribués à la suite d'un concours aux agences inscrites sur la liste d'approvisionnement et de tous les contrats de campagnes majeures attribués sur appel d'offres. En plus, les ministères et les organismes du gouvernement sont tenus d'afficher les contrats de plus de 10 000 $ sur leur site Internet. TPSGC publie aussi un rapport annuel des activités publicitaires, qui comprend des détails sur les contrats de publicité, les dépenses des organismes, les principaux résultats et les grandes campagnes de publicité. Le rapport renferme aussi de l'information sur la gestion des initiatives de publicité.

Malgré toutes ces initiatives, on pourrait envisager des mesures supplémentaires, vu la notoriété du « scandale des commandites » et la sensibilité du public à propos des programmes de publicité du gouvernement. Nous recommandons :

- *que le Bureau du contrôleur général (BCG) donne instruction à chaque ministère et organisme du gouvernement de procéder à des vérifications annuelles des programmes et procédures de publicité jusqu'à nouvel ordre, libre au BCG de décider quand il y aura lieu de modifier ou de supprimer cette exigence;*

- *que le Bureau de la vérificatrice générale procède de nouveau à une vérification complète des initiatives de publicité du gouvernement pour*

l'exercice financier 2006-2007 ou 2007-2008 pour vérifier que les nouvelles politiques et procédures en place assurent : l'équité dans la sélection des fournisseurs; un bon rapport qualité-prix; des campagnes de publicité efficaces; le développement d'une capacité fonctionnelle (acquisition de compétences et de formation); et l'élimination de l'ingérence politique dans la gestion et l'administration des activités publicitaires (mais non pas dans l'établissement des priorités ou stratégies du gouvernement);

- *qu'on procède à une évaluation indépendante du point de vue des ministères et organismes du gouvernement, des agences de publicité et du public sur l'efficacité des nouveaux systèmes et politiques de gestion de la publicité et de tout autre effet ou conséquence involontaire.*

4 L'organe de surveillance approprié

Vu les responsabilités et la relation étroite du BCP et du Cabinet du Premier ministre (CPM), on peut se demander si la séparation est suffisante entre les politiciens et les fonctionnaires dans la planification et l'administration de la fonction de publicité. Si on recherche une plus grande indépendance dans la gestion des activités publicitaires, il y aurait peut-être lieu de retirer cette fonction au tandem CPM-BCP.

À cette fin, nous avons examiné de récents développements ailleurs au Canada dans la gestion de la publicité gouvernementale. Selon les changements entrés en vigueur le 21 novembre 2005 en Ontario, presque toute la publicité est maintenant soumise à l'examen du vérificateur général de la province (*Loi sur la publicité gouvernementale, 2004*). La publicité ne doit pas être partisane; ne doit pas inclure les noms, les voix ni les images des membres du Conseil exécutif ou de l'Assemblée législative (à moins que son premier auditoire ne soit situé ailleurs qu'en Ontario); et doit répondre à au moins l'un des objets suivants :

- informer le public des politiques ou des programmes et services disponibles;

- informer le public de ses droits et de ses responsabilités en vertu de la loi;
- encourager (ou décourager) des types particuliers de comportement social;
- promouvoir l'Ontario comme lieu de vie, de travail, d'investissement, d'étude ou de visite;
- promouvoir une activité ou un secteur de l'économie de l'Ontario.

Le vérificateur général de l'Ontario (VG) peut désigner un commissaire de la publicité pour faire l'examen d'activités publicitaires en son nom. Tout objet de publicité jugé inconvenant ne peut être utilisé et la décision du VG est finale. Le VG fait rapport annuellement au président de l'Assemblée législative de toute infraction à la Loi et des dépenses de publicité (pour la publicité du gouvernement en général et pour des objets particuliers de publicité soumis à la Loi).

Pour l'aider dans cette tâche, le VG de l'Ontario, au terme d'un concours public, a engagé un avocat du secteur privé spécialisé en publicité et un universitaire pour former un groupe de travail qui approuvera la publicité. Cela semble ajouter un degré supplémentaire d'indépendance qui n'existe pas dans le régime fédéral actuel.

Des provinces ont fait l'expérience d'autres modèles. L'Alberta, par exemple, a institué une politique en vue d'augmenter la concurrence dans les cas où le processus de création publicitaire doit être confié à une agence différente de celle qui est responsable du placement média. Le Bureau des affaires publiques (BAP) de l'Alberta s'occupe de toutes les activités de communication du gouvernement. Le directeur exécutif du BAP affecte des adjoints et des agents de communications aux ministres provinciaux qui demandent de l'aide pour leurs communications. Même si le directeur exécutif relève du premier

ministre, les politiques et procédures du BAP sont réputées de mettre les décisions de publicité effectivement à l'abri de l'influence politique. Au nombre des « meilleures pratiques » de l'Alberta, on note la disponibilité publique des mandats, les comités consultatifs interministériels, la participation du secteur privé et la distribution de politiques de travail.

On a suggéré plusieurs possibilités comme centre de gestion de la publicité au gouvernement fédéral. La plus populaire (surtout chez l'ensemble de la population) est le Bureau de la vérificatrice générale, qui a la première révélé les faiblesses de la gestion des programmes de publicité et de commandite du gouvernement. On peut faire valoir que le Bureau de la vérificatrice générale n'est pas le lieu approprié à une telle fonction, puisque la VG ne porte pas de jugements *a priori* et n'a pas de fonction de contestation du gouvernement.

On serait tenté de dire qu'une commission indépendante de publicité faisant rapport au Parlement serait un mécanisme plus viable, mais nous hésitons à recommander la création de nouveaux organismes ou agents du Parlement. La valeur globale de la publicité gouvernementale reste relativement modeste et la mise sur pied d'un organisme autonome pourrait sembler exagérée.

Le Bureau du contrôleur général semble posséder certaines des qualités requises pour devenir un organe de surveillance de la publicité du gouvernement fédéral, mais l'option présente des difficultés dans l'avenir immédiat. Le contrôleur général relève du Secrétariat du Conseil du Trésor, qui est un organisme central. Y situer une fonction de surveillance pourrait mêler les responsabilités. Dans le cadre d'un train de réformes annoncées récemment par le président du Conseil du Trésor, le contrôleur général est investi de la responsabilité d'implanter le concept de directeur financier (DF) dans chaque ministère fédéral. Ce directeur financier serait indépendant du ministère et

devrait être satisfait du cadre de contrôle de gestion du ministère. Il ferait rapport au sous-ministre dans la hiérarchie ministérielle et au contrôleur général pour ce qui touche sa fonction. Les plans de vérification des ministères seraient approuvés par un comité de vérification externe. On s'attend à ce que ce régime accroisse la responsabilité et donne plus d'indépendance à la fonction de vérification. Une fois qu'on aura acquis de l'expérience avec ce nouveau cadre de vérification et de contrôle financier, le moment sera peut-être plus opportun pour réexaminer la notion d'un rôle de surveillance du BCG sur les contrats de publicité et de commandite.

À long terme, il se peut que TPSGC soit le centre logique de gestion de la publicité dans une perspective d'affaires. C'est un organisme de services ordinaires et c'est le centre des services partagés du gouvernement. La taille de TPSGC et sa capacité d'intégrer ces services suggèrent cependant que ce n'est pas le moment d'opérer une telle réforme. Sa capacité doit être rehaussée par diverses initiatives de formation et, un jour, il peut y avoir de bonnes raisons de lui confier l'ensemble de la gestion de la fonction de publicité.

À court terme, le BCP semble être le centre approprié pour l'établissement des priorités et la planification, peut-être avec plus d'expertise technique, de soutien et un apport du secteur privé. Avec la séparation des rôles entre TPSGC, le SCT et le BCG, nous devrions avoir l'assurance d'une surveillance suffisante et libre d'ingérence politique.

5 Transparence et indépendance

Comme nous l'avons noté, selon la nouvelle politique de communications du gouvernement du Canada, la planification de la publicité est coordonnée par le BCP. Ce bureau a la responsabilité stratégique globale de la publicité du gouvernement fédéral. Le BCP a charge d'élaborer et de surveiller le plan de publicité du gouvernement et de recommander au Cabinet les affectations de fonds en vertu du

plan. Le Comité sur la publicité gouvernementale (CPG) se réunit presque chaque semaine pour discuter des besoins de publicité courants et à long terme. Établi vers la fin de 1999, le comité est présidé par le directeur de la planification stratégique des communications au BCP. Les autres membres permanents du CPG viennent du Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT) et de la Coordination de la recherche en opinion publique et de la publicité de TPSGC et des ministères qui siègent en alternance au comité. Le CPG n'inclut pas de représentants politiques. Il fait rapport au Comité des opérations par l'intermédiaire du secrétaire adjoint aux communications (BCP). Il ne tient pas de procès-verbal de ses réunions, mais ses décisions sont documentées. La publicité n'est pas considérée comme un programme, mais plutôt une activité menée dans les divers ministères et organismes du gouvernement. En fait, des fonctionnaires ont noté que même s'il n'y avait pas de CPG, le BCP et le SCT seraient quand même tenus d'assurer une intendance par l'entremise de leur fonction de contestation.

Suivant les nouvelles politiques et procédures, la publicité est une activité de premier plan et on reconnaît qu'elle ne l'était pas avant. Il y a maintenant des processus de planification, des critères d'approvisionnement, des mécanismes de surveillance et des plans de vérification. La prise de décision est perçue comme pleinement transparente et collective. On croit que le nouveau système est de nature à assurer que des incidents comme le « scandale des commandites » ne se reproduiront pas.

Compte tenu des freins et contrepoids aujourd'hui en place et de la complexité des formalités à accomplir pour faire autoriser une campagne de publicité, trouver une source de fonds, obtenir l'approbation du Cabinet, demander au Conseil du Trésor de dégager des fonds pour des campagnes individuelles, et procéder à des vérifications et des évaluations d'impact après la campagne, le système semble certainement étanche. La question qu'il faut se poser, quoiqu'il soit peut-être encore trop tôt

pour y répondre, c'est s'il reste assez d'air à l'intérieur du système pour permettre à la créativité, à l'innovation, voire à l'opportunité, de se manifester. Le juste équilibre entre la probité et l'efficacité exigera peut-être quelques modifications une fois que les nouvelles procédures et structures auront eu l'occasion de faire leurs preuves. Il faudrait aussi veiller à ce qu'une « trace documentaire » plus formelle et complète des décisions de publicité soit disponible.

6 Le processus d'approvisionnement en publicité

L'un des objectifs de l'initiative de renouveau de la gestion publicitaire du gouvernement du Canada était d'introduire plus d'équité dans le processus d'approvisionnement en publicité. Le « scandale des commandites » avait exposé une série de faiblesses ou de failles dans les politiques existantes en plus de pratiques douteuses dans l'exécution et la surveillance de l'approvisionnement.

L'objectif global des nouvelles mesures adoptées depuis 2002 était de « normaliser » l'approvisionnement en publicité et de le rendre semblable aux autres processus d'approvisionnement de services du gouvernement. Les autres objectifs étaient d'augmenter l'équité et la transparence du système d'approvisionnement.

Pour augmenter la concurrence, l'exigence voulant que les agences de publicité soient détenues à 100 p. 100 par des intérêts canadiens a été ramené à 80 p. 100, ouvrant donc le champ à plus d'entreprises. Plus de transparence et d'équité ont été introduits par l'affichage sur les divers sites Internet du gouvernement de presque tous les besoins en publicité du gouvernement, des contrats adjugés, des appels d'offre, des critères de sélection et de la réforme de la composition des jurys de sélection (y compris le recours à des « surveillants d'équité » de l'extérieur). Un changement majeur fait du prix un facteur de sélection dans tous les approvisionnements parmi les soumissionnaires qui répondent aux exigences techniques d'un concours.

Essentiellement, TPSGC a établi un système de sélection des agences de publicité à trois niveaux pour les stratégies de création, de production et de placement média. La procédure de sélection de l'agence de référence (AR) qui fait le placement média a aussi été révisée de façon à autoriser plus d'une AR. Les nouvelles exigences imposées aux AR sont si différentes et rigoureuses qu'aucune agence ne s'est qualifiée au premier concours où elles ont été en vigueur et qu'il a fallu procéder à un nouveau concours.

Pour la création et la stratégie médias, les trois niveaux d'approvisionnement sont les suivants :

Contrats de moins de 75 000 $ — Offres à commandes

Pour les contrats de moins de 75 000 $, des listes nationales et provinciales d'agences qui se qualifient dans un concours ouvert sont dressées pour les offres à commandes. Les listes restent en vigueur deux ans (du 21 mai 2004 au 21 mai 2006 actuellement). Au total, 10 offres à commandes nationales et 11 offres à commandes provinciales ont été constituées (neuf agences se sont qualifiées pour les deux de sorte que 12 agences différentes sont en fait qualifiées). La sélection subséquente pour les contrats individuels est basée sur une formule incluant la distribution proportionnelle du travail selon le classement de l'agence dans la compétition pour établir le marché.

Contrats de 75 000 $ à 750 000 $ — Fournisseurs qualifiés

Pour les contrats de 75 000 $ à 750 000 $, une liste de fournisseurs qualifiés sur la base de leurs compétences techniques est établie par concours ouvert, encore une fois pour deux ans. Mais toutes les agences qualifiées peuvent répondre à tous les appels d'offres et les décisions sont prises sur la foi des propositions techniques et financières. Quatorze agences ont été choisies dans le premier

concours, y compris une agence qui s'est qualifiées pour les commandes nationales et provinciales.

Contrats de plus de 750 000 $ — Concours ouverts

Les contrats de plus de 750 000 $ suivent la procédure normale d'appel d'offres. Les besoins sont affichés sur MERX, le système électronique d'appel d'offres du gouvernement. Les soumissions sont évaluées sur la foi du mérite technique et du prix.

Le système semble bien fonctionner du point de vue du gouvernement, mais l'industrie canadienne de la publicité a exprimé des réserves sur l'emploi de l'offre à commandes. C'est une question compliquée. On fait valoir que le recours à un nombre limité d'offres permanentes diminue la concurrence en fait pour la durée de ces offres (c.-à-d. deux ans). Le système ne tient pas compte des changements qui peuvent survenir dans les entreprises et leur personnel et le marché (par exemple, l'utilisation grandissante d'Internet comme mode acceptable de publicité). Les petites entreprises disent que les concours favorisent les grandes entreprises et qu'elles sont souvent forcées de s'associer à elles pour obtenir du travail du gouvernement. Les grandes entreprises prennent une commission pour leur participation, réduisant le temps qu'elles peuvent consacrer à répondre aux besoins du gouvernement.

Cet argument a aussi été mis de l'avant par d'autres industries, comme celles de la technologie de l'information et du conseil de gestion. En novembre 2005, TPSGC a annoncé qu'à compter du 15 décembre 2005, les compagnies offrant des services professionnels, comme les services de consultation et de ressources humaines, pourront s'inscrire dans une base de données qui sera considérée pour les contrats du gouvernement. Le gouvernement a aussi annoncé qu'il était disposé à envisager des mesures additionnelles, dont :

- la reprise de concours pour des offres permanentes et des arrangements en matière d'approvisionnement;
- le soutien de coentreprises (*joint ventures*) chez les petites entreprises;
- des conseils aux fournisseurs sur la façon de satisfaire aux exceptions des offres permanentes obligatoires.

En un sens, la « normalisation » de la procédure d'approvisionnement de publicité entraîne dans sa foulée toutes les exigences de l'approvisionnement du gouvernement du Canada (ex. équilibre régional, soutien de la petite entreprise, programmes de réserve, stimulation de l'innovation, création d'emploi). Elle oblige aussi à prêter attention aux irrégularités d'approvisionnement « normales » comme le « partage des contrats » et aux définitions d'exigences trop rigoureuses qui peuvent favoriser les fournisseurs courants.

L'équilibre entre l'opportunité et l'équité en approvisionnement est toujours difficile pour le gouvernement. Si le volume de publicité du gouvernement continue de décliner, le gouvernement peut vouloir considérer d'autres stratégies d'approvisionnement pour s'assurer qu'il y a assez de fournisseurs dans une industrie canadienne de publicité saine et que l'innovation est encouragée. Par exemple, on pourrait faire plus de place à de nouvelles formes de publicité (utilisant l'Internet) en tenant des concours spéciaux ou peut-être en ouvrant les concours pour des campagnes choisies, même pour de petits contrats.

L'équité du système d'approvisionnement sera aussi renforcée par l'augmentation du nombre d'employés du gouvernement et de TPSGC possédant une formation professionnelle et des titres professionnels en publicité. L'industrie a suggéré une étude conjointe et un programme de précertification des agences de publicité. Il faudrait que de tels programmes respectent les compétences fédérales et provinciales en matière de formation et de certification et que l'initiative ne soit pas

une tentative de créer une autre forme « d'exploitation fermée » (p. ex. en défavorisant les petites ou les nouvelles agences).

7 L'évaluation des résultats : rapport qualité-prix

Un élément majeur de l'effort du gouvernement pour assurer une plus grande responsabilité a été le rétablissement du Bureau du contrôleur général du Canada en décembre 2003 pour surveiller les dépenses du gouvernement. Le nouveau contrôleur général a installé des contrôleurs dans les ministères et introduit des normes de certification professionnelles. Nous en parlons ailleurs dans notre article. L'accent mis sur les vérifications régulières et le suivi des dépenses du gouvernement vaut d'être noté. La fonction de vérification interne a été et continue d'être remaniée et renforcée pour assurer des programmes de vérification complètes basées sur une solide analyse de risques.

En ce qui touche la publicité, diverses sauvegardes ont été introduites dans tout le cycle de vie des initiatives de publicité. L'une des sauvegardes est l'obligation de faire des évaluations après-campagne pour voir si on en a eu pour l'argent qu'on a dépensé. Cela est conforme à la tendance générale du secteur public vers la gestion basée sur les résultats, qui exige de mettre en place une surveillance du rendement et de déterminer des mesures de succès au stade de planification d'une initiative. Les organismes et ministères fédéraux sont désormais tenus de faire une évaluation après toute campagne de publicité dépassant 400 000 $ en achats médias. Cette recherche après-campagne fait partie intégrante de toute initiative de publicité et doit donc être incluse dans le processus de planification. Les responsables de projets doivent s'assurer que leur budget sera suffisant pour effectuer l'évaluation. Des indicateurs appropriés de rendement doivent être établis avant la campagne pour usage après la campagne.

TPSGC et le BCP collaborent avec les autres ministères pour étudier et évaluer l'impact et la valeur de leurs initiatives de publicité. L'outil

d'évaluation des campagnes publicitaires consiste en une série de questions standard qui seront incluses dans un sondage postérieur à la campagne. Les ministères et organismes sont responsables d'assurer la qualité de leurs évaluations. Les données de groupes de discussions réunis après la campagne seront mises à la disposition du public par l'intermédiaire de la Bibliothèque du Parlement. L'obligation de rendre des comptes au public est encore satisfaite par les rapports annuels de TPSGC sur la publicité gouvernementale et la recherche en opinion publique[1]. Les principales conclusions des évaluations doivent être notées dans les *Rapports de rendement ministériel* et les *Rapports sur les plans et priorités* des ministères.

8 Acquisition de capacité professionnelle dans la communauté publicitaire du gouvernement

La Commission d'enquête sur le programme de commandites a constaté que beaucoup de ceux qui géraient et exécutaient les contrats de publicité n'avaient pas les qualités professionnelles requises. Les fonctionnaires du gouvernement fédéral responsables de la fonction de publicité reconnaissent cette lacune et ont commencé à y chercher des solutions. Le gouvernement a réagi en formant une « communauté de pratique » et en introduisant des exigences de formation dans des domaines spécifiques pour les agents d'approvisionnement.

8.1 Vers une communauté de pratique

La nouvelle tendance au gouvernement fédéral est ce qu'on appelle les « communautés de pratique ». La communauté fédérale d'approvisionnement commence à aller dans cette direction. Ce concept est aussi bien enraciné dans les communautés de vérification et d'évaluation, qui sont toutes deux administrées par un organisme central (SCT).

Le Bureau de la collectivité des communications (BCC) est une façon des spécialistes en communications gouvernementales d'appuyer ces efforts. Le BCC est financé par les directeurs généraux des Communications du gouvernement et l'un de ses premiers objectifs est l'apprentissage et la formation. L'organisme en est à ses premiers balbutiements et le progrès a été modeste jusqu'ici. Une partie du matériel particulier aux professionnels de la publicité, comme le Guide d'orientation, semble démodé ou au moins difficile d'accès[1].

Parmi les activités du BCC à l'appui d'une communauté de pratique, on note l'inventaire des leçons apprises et l'exploration d'une formation formelle pour les membres de la communauté.

8.2
Programmes de formation

On a davantage prêté attention aux programmes de formation des employés du gouvernement fédéral ces derniers temps et on s'attend à ce qu'ils renforcent les compétences techniques dans différents domaines. Le gouvernement fédéral a affecté 35 millions de dollars aux initiatives de formation à différents niveaux. Au niveau du recrutement, par exemple, on projette de rétablir l'orientation professionnelle pour inculquer aux nouveaux fonctionnaires des connaissances en organisation et des valeurs morales. Un autre courant de formation mettra l'accent sur les compétences de gestion, peut-être avec des exigences de certification pour certaines communautés de pratique. Par exemple, l'École de la fonction publique du Canada (EFPC) sera le bureau central de certification des agents financiers.

Des certificats d'agent en approvisionnement seront décernés à trois niveaux, quoiqu'on ne prévoie pas que la certification soit liée aux conditions d'emploi. Le concept mettra l'accent sur la connaissance des procédures d'approvisionnement. Les fonctionnaires engagés dans

la gestion de la publicité croient qu'il ne pourra y avoir de concentration sur la connaissance de services particuliers, comme la gestion de la publicité. D'autres pensent cependant qu'il est possible d'inclure un élément de publicité dans la formation en approvisionnement ou dans les cours de gestion des communications.

8.3
Perspectives sur la certification

Doit-on certifier les divers groupes professionnels et comment doit-on procéder? La réponse n'est pas évidente. Ces dernières années, le gouvernement du Canada a investi davantage dans ce domaine. En 1998, l'effort a commencé avec deux communautés, l'approvisionnement et la gestion du matériel, motivé dans les deux cas par le manque de confiance. Plus récemment, motivé par la volonté d'établir des normes professionnelles minimales, le Bureau du contrôleur général a élaboré un programme de certification des vérificateurs internes.

La publicité est un outil de communication sophistiqué qui exige les compétences spécifiques de compagnies qui ont fait leurs preuves. Pour s'assurer de ce niveau de compétence, il faut mettre l'accent sur les références professionnelles des fournisseurs de publicité et de leurs employés. En outre, les personnes au gouvernement qui sont responsables de la planification, de l'approvisionnement et de l'administration des campagnes de publicité doivent avoir démontré des compétences. La Commission n'a pas mandat de faire des commentaires sur les questions du ressort provincial, comme la formation et l'accréditation de groupes professionnels. Le Commissaire ne peut qu'encourager l'industrie de la publicité à établir des normes professionnelles et à prêter davantage attention aux programmes de formation. Dans la fonction publique, toutefois, la Commission peut suggérer que certaines compétences soient requises des fonctionnaires qui sont responsables de l'administration et de l'approvisionnement de publicité.

8.4
Le programme de perfectionnement professionnel et de certification

Le programme de perfectionnement professionnel et de certification est apparu comme une grande initiative de renouveau des ressources humaines à l'appui de la fonction de contrôleur, de la modernisation des ressources humaines et de la nouvelle politique d'apprentissage permanent dans la fonction publique. Il a deux composantes, 1) le perfectionnement professionnel et 2) la certification, et il est destiné à procurer aux employés de la communauté d'approvisionnement, de gestion du matériel et de l'immobilier les outils d'apprentissage pour acquérir les connaissances et les compétences nécessaires pour répondre aux besoins changeants et complexes des affaires, des priorités gouvernementales et des initiatives de gestion. On s'attend à ce qu'il accroisse le professionnalisme et la contribution à valeur ajoutée de cette communauté dans la prestation de programmes et de services aux Canadiens et dans les organisations qui les emploient[5].

On prévoit que la procédure de certification des vérificateurs internes sera moins complexe parce que cette communauté dispose déjà de normes et d'institutions. La gestion de la publicité est moins bien définie et, par conséquent, a plus de zones grises en ce qui touche l'objet et le mode de certification. Une procédure de certification peut vérifier les connaissances techniques d'un candidat, mais pas nécessairement prouver qu'il a les qualités intellectuelles voulues. Beaucoup de critiques de la certification suggèrent que l'accent devrait plutôt être mis sur la bonne formation. Des solutions moins complexes peuvent peut-être mieux servir les intérêts de la communauté de gestion de la publicité au départ.

Parmi les conditions de mise en place de tout programme de certification, il y a la nécessité d'établir un organisme de révision en

plus de l'organisme de certification et la nécessité d'un mécanisme de règlement des différends. Ces questions doivent être pesées avant de se lancer dans un tel programme.

Si les compétences de base et les exigences de formation peuvent être établies et exprimées dans des règlements, on peut jeter plus de lumière sur la question de savoir qui est qualifié. Dans le « scandale des commandites », il semble que la volonté de faire les choses l'ait emporté sur l'idée de faire les bonnes choses. Cela a ouvert la porte aux abus. Si les gens responsables de l'administration des programmes de publicité et les professionnels choisis pour exécuter le travail sous contrat sont tenus de se conformer à des normes de base, le marché identifiera en bout de ligne qui est compétent et qui ne répond pas aux normes.

Les domaines où la gestion de travaux de publicité peut tirer des leçons de l'expérience de la communauté de vérification interne sont l'assurance de la qualité et l'amélioration continue[6].

La fonction fédérale d'audit utilise cinq normes d'assurance de qualité de l'Institute of Internal Auditors (IIA). La norme IIA 1 300 (programme d'assurance de la qualité (AQ) et d'amélioration) spécifie que l'auditeur en chef doit établir et maintenir un programme d'assurance de la qualité et d'amélioration qui couvre tous les aspects de l'activité de vérification interne et surveiller sans cesse son efficacité. Tous les aspects du programme sont conçus pour aider l'activité de vérification interne, à améliorer le fonctionnement de l'organisation et assurer que l'activité de vérification soit conforme aux normes et au code d'éthique.

Les autres normes IIA AQ ont trait au processus de surveillance du programme de qualité (rapports périodiques de rendement et autoévaluation) et veillent à ce que les objectifs soient atteints, que la qualité soit assurée et qu'il y ait perfectionnement professionnel du personnel.

L'IIA a mis au point un certificat spécialisé pour les vérificateurs du secteur public, appelé certificat professionnel d'audit gouvernemental (CPAG). La vaste portée de cette spécialité souligne le rôle du vérificateur interne dans le renforcement de la reddition de comptes au public et l'amélioration des services gouvernementaux[7].

En plus, l'IIA offre un titre de vérificateur interne certifié (VIC). C'est actuellement la seule certification mondialement acceptée pour les vérificateurs internes et elle reste la norme par laquelle les individus démontrent leur compétence et leur professionnalisme dans le domaine de la vérification interne. Le Bureau du contrôleur général (BCG) se prépare à exiger un tel titre des vérificateurs (et évaluateurs) en chef dans les ministères fédéraux dans un intervalle de deux ans suivant leur nomination.

Le gouvernement fédéral devrait être encouragé à explorer tous les moyens d'adopter des normes professionnelles et de recruter ou de former des individus qui y répondent. À la fin, la certification assurera la gestion compétente des activités de publicité et de commandite.

9 Les partis politiques et les agences de publicité

Si le niveau de transparence et de surveillance de la fonction de publicité du gouvernement fédéral continue de s'accroître, les agences de publicité et les partis politiques auront de plus en plus de mal à maintenir l'alliance contre nature qui a caractérisé cette fonction dans le passé.

Plusieurs observateurs ont suggéré d'imposer aux agences qui ont collaboré aux campagnes électorales un « délai de réflexion » avant de pouvoir soumissionner aux appels d'offres du gouvernement de façon qu'elles ne soient pas immédiatement récompensées si elles ont travaillé pour le parti au pouvoir. D'une part, la réforme du financement des élections élimine pratiquement toute possibilité de travail bénévole par les agences et, d'autre part, il faut se demander si les sociétés qui

participent légitimement au processus politique devraient être pénalisées et exclues des affaires du gouvernement — une telle mesure pourrait avoir l'effet contraire à celui qu'on recherche et encourager la participation clandestine ou décourager les agences de participer de crainte de perdre des occasions d'affaires légitimes.

L'adhésion à un parti politique est un droit et les individus ne devraient pas être pénalisés pour son exercice, non plus qu'ils devraient être indûment récompensés.

L'industrie de la publicité peut vouloir elle-même explorer la possibilité d'un code de conduite pour les agences qui traitent avec les partis politiques de façon qu'il y ait des directives claires et des sanctions pour les entreprises qui enfreignent les normes de l'industrie. L'un des effets du « scandale des commandites », c'est que l'industrie de la publicité, surtout au Québec, s'est sentie injustement salie par des entreprises marginales qui avaient peu ou pas de lien avec l'industrie conventionnelle. Il faut éviter cette forme de « culpabilité par association » dans l'avenir.

La politique peut être un sport féroce et la recherche du pouvoir peut conduire des particuliers et des organisations à repousser les limites éthiques de la société. Les partis politiques, les agences de publicité et ceux qui ont mission de surveiller nos institutions et nos procédures démocratiques doivent être particulièrement vigilants pour s'assurer que les règles fondamentales d'équité sont observées. Les Canadiens ne doivent pas non plus avoir peur de parler s'ils ont la preuve ou soupçonnent que ces institutions et ces procédures sont en train d'être manipulées.

10 La nouvelle philosophie des commandites

En décembre 2003, le Premier ministre Paul Martin a annoncé l'annulation du programme de commandites et le démantèlement de Communications Canada. Néanmoins, la nouvelle politique de

communications du gouvernement du Canada inclut un bref article sur les commandites (article 25) et un plus long article sur les ententes de partenariat et de collaboration (article 24). La nouvelle politique confie aux gestionnaires ministériels la responsabilité des ententes de commandites ou de leur administration, mais il leur faut consulter le directeur des Communications de leur ministère avant de conclure (ou d'accepter) une commandite. En plus, le sous-ministre doit être informé régulièrement de tout plan ou activité de communication qui implique une commandite. Les activités de commandite sont soumises aux procédures de vérification, d'évaluation et de rapport de rendement requises de toute activité de communication en partenariat ou en collaboration. Depuis que le « scandale des commandites » a été rendu public, il semble y avoir une répugnance de la part du gouvernement fédéral à participer aux ententes de commandite. Les programmes existants comme les foires commerciales, les expositions et les initiatives culturelles continuent de procurer une certaine visibilité à la « marque Canada », mais il n'y a guère d'intérêt à l'heure actuelle pour les initiatives de commandite de petite échelle.

On a pour pratique aujourd'hui de considérer toute nouvelle initiative de commandite dans le cadre des programmes « d'octrois et de contributions » du gouvernement. La commandite en soi est une activité légitime des entreprises du secteur public comme du secteur privé et bien des organisations populaires de caractère social/culturel/agricole/sportif/patrimonial se plaignent que le désengagement du gouvernement fédéral a un effet négatif sur leurs manifestations.

Si le gouvernement fédéral veut un jour reprendre ses activités de commandite, il devra le faire armé des « leçons apprises » des événements de 1994 à 2001. Les recommandations suivantes nous semblent indiquées :

- *Les objectifs des activités de commandite devraient faire l'objet de directives précises (on note que les ententes de partenariat, de collaboration et de commandite sont l'un des 17 sujets sur lesquels le Secrétariat du Conseil du Trésor publiera des directives en annexe à la politique de communications du gouvernement du Canada).*

- *Comme les activités de publicité, les activités de commandite devraient être menées de façon équitable et transparente, hors de toute ingérence politique dans la sélection et la gestion des événements individuels (comme avec tous les programmes du gouvernement, les ministres devraient être libres d'établir les priorités et les objectifs d'ensemble à l'intérieur de leur ministère).*

- *Les activités de commandite (ou leurs variations) devraient être clairement identifiées et décrites dans tous les documents de planification, de gestion et d'information à l'intention des gestionnaires ministériels, des organismes centraux et du Parlement.*

- *On devrait effectuer des évaluations et des vérifications périodiques d'un échantillon de projets de commandite et de l'ensemble des activités de commandite du gouvernement du Canada pour s'assurer qu'ils sont conformes à leurs objectifs, d'un bon rapport qualité-prix, n'entraînent pas de conséquences imprévues et qu'il n'y a pas de partisanerie dans leur gestion et leur administration.*

- *S'il est besoin d'un siège central pour un programme officiel de commandites, il devrait être situé dans un ministère de programmes plutôt que dans un organisme central ou une organisation de services communs. Vu le nombre et la diversité des activités de commandite, un mécanisme central de planification et de coordination, semblable au Comité sur la publicité gouvernementale, n'est probablement pas nécessaire. Néanmoins, il pourrait être utile de créer un groupe consultatif qui puisse offrir des conseils techniques aux ministères qui envisagent de participer ou participent à des activités de collaboration ou de commandite. Ce groupe pourrait, par exemple, être associé au bureau du programme de coordination de l'image de marque au SCT ou au secteur de coordination de la publicité et des partenariats à TPSGC.*

Nous faisons observer que la nouvelle politique de communications du gouvernement du Canada ne s'applique pas à certaines sociétés d'État ni à d'autres institutions publiques énumérées dans l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ceci inclut des sociétés comme Via Rail, Postes Canada et la Monnaie royale canadienne. Ces sociétés peuvent avoir des raisons commerciales et autres de préserver l'indépendance de leur « marque », mais elles devraient quand même être obligées d'aider à renforcer l'image du gouvernement du Canada.

11 Conclusion

Dans l'ensemble, le gouvernement du Canada a tiré les leçons du « scandale des commandites » même avant que M. le juge John Gomery ait publié ses rapports. Il a plutôt été sur la défensive pour éviter que ne se reproduisent les abus du système de publicité. En séparant les responsabilités de planification, d'approvisionnement, de sélection d'agence, de financement, d'évaluation et de vérification et en renforçant plusieurs des politiques et procédures, d'autres freins et contrepoids ont été ajoutés au système. Il y a aussi eu un effort concerté pour écarter les ministres et le personnel politique du processus, sauf pour l'établissement de priorités stratégiques qui est un rôle légitime.

Les uns disent que le gouvernement est allé trop loin dans l'autre sens et qu'une forme de normalisation est requise. Cela semble sûrement être le cas pour les commandites, qui ont virtuellement été bannies du vocabulaire et de la mentalité du gouvernement.

L'affaire des commandites a sans doute jeté une ombre durable, mais elle a aussi inauguré une nouvelle philosophie de la publicité et des commandites au gouvernement fédéral. Cela dit, nous ne pouvons dire combien de temps elle durera. La prudence, la probité, l'équité, la transparence et le rapport qualité-prix sont les nouveaux mots d'ordre de ce domaine naguère controversé. La vérificatrice générale du Canada a fait observer qu'il y a déjà assez de règles — certains ne

les ont tout simplement pas suivies et d'autres ont fermé les yeux. Au cours des années à venir, les vérificateurs, les politologues, les journalistes et les historiens auront à réfléchir à la question de savoir si les nouvelles règles et procédures et les bonnes intentions des politiciens et des fonctionnaires mettront fin une fois pour toutes à l'alliance contre nature des partis politiques et des agences de publicité.

Notes en fin de texte

1. Jonathan Rose, citant Jim Coutts, ancien premier secrétaire du Premier ministre Pierre-Elliott Trudeau, rend bien l'essentiel du concept lorsqu'il écrit : « Il y a des agences libérales et des agences conservatrices. C'est ainsi que fonctionne la publicité au Canada. » *Making "Pictures in Our Heads" — Government Advertising in Canada*, Praeger Series in Political Communication, 2000, p. 89.

2. Cette information apparaît sur le site Internet du Secrétariat du Conseil du Trésor http://www.tbs-sct.gc.ca/gr-rg/gomery/amr-rgp05_e.asp. L'information est basée sur une annonce du ministre de TPSGC le 28 avril 2003. Les détails de l'annonce du ministre sont disponibles à http://www.news.gc.ca/cfmx/view/fr/index.jsp

3. On trouvera le rapport annuel sur la publicité à http://www.communication.gc.ca/reports_rapports/adv_pub/2002-2003/argca_rapgc_04_e.html.

4. *La publicité au gouvernement du Canada — Guide d'orientation 2003-2004*, Communications Canada.

5. On trouvera les détails du programme à http://www.tbs-sct.gc.ca/pd-pp/

6. *Ibid.*, p. 36 à 38.

7. Du site Internet de l'IIA http://www.theiia.org/index.cfm?doc_id=926.

Références

Association des agences de publicité du Québec (AAPQ) et Institut des communications et de la publicité. Mémoire conjoint au juge John H. Gomery, commissaire, 25 octobre 2005.

Association canadienne des annonceurs. Mémoire à la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, 28 octobre 2005.

Bureau du vérificateur général de l'Ontario, *Formulaire de révision de soumission publicitaire*.

Bureau du vérificateur général de l'Ontario, *Directive sur la révision de la publicité du gouvernement*, novembre 2005.

Canada. *Loi électorale du Canada* (2000, ch. 9) modifiée par le projet de loi C-24, *Une loi modifiant la Loi électorale du Canada et la Loi de l'impôt sur le revenu* (financement politique).

Canada. *Loi sur la gestion des finances publiques* (L.R. 1985, ch. F-11), Annexes I, I.1, 2, 3 (partie I et partie II), disponible à http://laws.justice.gc.ca/en/F-11/text.html.

Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires. *Qui est responsable ? Rapport factuel*. Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2005.

Communications Canada. *La publicité au gouvernement du Canada — Guide d'orientation, 2003-2004*, Ottawa, mai 2003.

Gouvernement de l'Ontario, *Guide des ministères administrant la Loi sur la publicité du gouvernement, 2004*.

Gouvernement de l'Ontario, *Loi sur la publicité du gouvernement, 2004*.

Rose, Jonathan W. « Government advertising and the creation of national myths: The Canadian case », *International Journal of Nonprofit and Voluntary Sector Marketing*, vol. 8 no 2, 2003, p. 153 à 165.

Rose, Jonathan W. « *Making Pictures in Our Head* » — *Government Advertising in Canada*, Praeger Series in Political Communication, 2000.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Renouveau dans la gestion de la publicité au sein du gouvernement du Canad — Énoncé de la preuve à l'intention de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires*, Ottawa, mai 2005. Disponible à http://www.tbs-sct.gc.ca/gr-rg/gomery/amr-rgpc.asp

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Politique de communications du gouvernement du Canada*. Disponible à http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/sipubs/comm/sigliste.asp.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Politique sur les marchés*, Ottawa, juin 2003. Disponible à http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/Contracting/contractingpole.asp.

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. *Une année de renouveau — Rapport annuel sur la publicité du gouvernement du Canada 2003-2004.*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. *La voie de l'avenir — notre programme de transformation*, Ottawa, février 2005. Disponible à http://www.pwgsc.gc.ca/text/articles/2005/03/2005-03-reforms-e.html.

Young, Sally. && Final submission to the Australian Senate, Finance and Public Administration References Committee Inquiry into Government Advertising ~~, Media and Communications Program, University of Melbourne, août 2005.

Remerciements

Nous sommes redevables au professeur Donald Savoie pour ses conseils et son encouragement dans la rédaction de cet article. Nous sommes aussi redevables aux personnes suivantes pour leur collaboration dans la recherche de documentation et leurs perspectives sur les procédures passées et actuelles du gouvernement relatives à la fonction de contrôleur général et la surveillance et l'administration des fonctions de publicité et de commandite.

Alcan Inc.

- Dan Gagnier
  Vice-président principal, Affaires internes et externes

Ministère des Services gouvernementaux, Ontario

- Robert Farnley
  Directeur/vice-président, Conseil d'examen de la publicité
- Sharon Mennie
  Membre, Conseil d'examen de la publicité

Bureau du Conseil privé

- Jodi Redmond
  Directeur — Planification des communications stratégiques
- Bob Quinn
  Analyste, Communications et consultations

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada

- Myra Conway
  Directrice, Bureau de liaison avec la Commission d'enquête

- Laurent Marcoux
  Directeur général, Coordination de la recherche en opinion publique et de la publicité
- Jane Meyboom-Hardy
  Sous-ministre adjointe, Services d'information du gouvernement
- Richard Robesco
  Directeur, Direction de l'approvisionnement en communication

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada

- Susan Cartwright
  Secrétaire adjointe, Affaires internationales, sécurité et justice
- Georges Rioux
  Secrétaire adjoint, Communications stratégiques et affaires ministérielles
- Charles-Antoine St-Jean
  Contrôleur général du Canada

ANNEXE A:
LISTE DES AUTEURS

Directeur de recherche

Donald Savoie
Professeur d'administration publique, Université de Moncton

Études

Liane E. Benoit, MPA

C.E.S. (Ned) Franks
Professeur émérite, Études politiques, Université Queen's
Faute d'un clou : le rôle de la vérification interne dans le scandale des commandites

Kenneth Kernaghan
Professeur, Science politique et gestion, Université Brock
Encourager la rectitude, décourager l'inconduite :
pour une charte de la fonction publique et une loi sur la divulgation

A. Paul Pross
Professeur émérite, École d'administration publique, Université Dalhousie
La Loi sur l'enregistrement des lobbyistes : application et efficacité

Alasdair Roberts
Professeur associé d'administration publique, Maxwell School of Citizenship and Public Affairs, Université de Syracuse
Deux défis dans l'administration de la Loi sur l'accès à l'information

Ian R. Sadinsky et Thomas K. Gussman
Consultants en politiques publiques, Communications et évaluation de programmes, Ottawa
Publicité et commandites du gouvernement fédéral : nouvelles directions de gestion et de surveillance

Lorne Sossin
Doyen associé et Professeur associé de droit, Université de Toronto
Définir les frontières : l'argument constitutionnel pour l'indépendance bureaucratique et son implication pour la responsabilité de la fonction publique

COMMISSION D'ENQUÊTE
SUR LE
PROGRAMME DE COMMANDITES
ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES